



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1994 Vol. 2

1^{er} cahier, 1994 Vol. 2

Cited as [1994] 2 S.C.R. 3-164

Renvoi [1994] 2 R.C.S. 3-164

CONTENTS (Concluded)

R. v. Zazulak 5

Criminal law — Perjury — Recantation — Finding at trial of intention by accused to mislead court and of other falsehoods — Retraction of earlier false testimony within same hearing — Recantation of perjury not a defence to completed offence.

Zeitel v. Ellscheid 142

Courts — Jurisdiction — Sale of property for municipal taxes owing — Statute preventing judicial intervention with tax deeds — Tax arrears necessary to trigger Act — Mistake as to proper legal identity of two islands — Appellants occupying and paying taxes on improved property that they thought they had bought — Other island unimproved and non-residential — Property occupied by appellants sold in tax sale — Mistake discovered after sale — Whether Municipal Tax Sales Act, 1984, shields sale from judicial intervention where the municipality has mistakenly confused the property sold with the property occupied by other tax-paying citizens — Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, c. 48, ss. 3(1), 4, 9(5)(a), (b), (c), 11, 12(1), (2)(a), (b), (5)(a), (b), (c), (d), (e), 13(1)(a), (b).

Real property — Deed for property sold for municipal taxes owing — Statute preventing judicial intervention with tax deeds — Tax arrears necessary to trigger Act — Mistake as to proper legal identity of two islands — Appellants occupying and paying taxes on improved property that they thought they had bought — Other island unimproved and non-residential — Property occupied by appellants sold in tax sale — Mistake discovered after sale — Whether Municipal Tax Sales Act, 1984, shields sale from judicial intervention where the municipality has mistakenly confused the property sold with the property occupied by other tax-paying citizens.

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne correspondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?

R. c. Zazulak 5

Droit criminel — Parjure — Rétractation — Constatation au procès de l'intention de l'accusé d'induire la cour en erreur et de l'existence d'autres fausses déclarations — Rétractation d'un faux témoignage antérieur au cours de la même audience — Rétractation d'un parjure non opposable comme moyen de défense à une infraction complète.

Zeitel c. Ellscheid 142

Tribunaux — Compétence — Vente d'un bien-fonds pour cause d'arriérés d'impôts municipaux — Loi interdisant aux tribunaux de toucher aux actes d'adjudication — Arriéré d'impôt nécessaire pour déclencher l'application de la Loi — Erreur quant à la description légale de deux îles — Appellants occupant un bien-fonds aménagé qu'ils croyaient avoir acheté et acquittant les impôts fonciers y relatifs — Autre île non aménagée et non résidentielle — Vente pour fins d'impôt du bien-fonds occupé par les appelants — Erreur découverte après la vente — La Municipal Tax Sales Act, 1984 protège-t-elle la vente contre toute intervention judiciaire dans un cas où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables — Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, ch. 48, art. 3(1), 4, 9(5)(a), (b), (c), 11, 12(1), (2)(a), (b), (5)(a), (b), (c), (d), (e), 13(1)(a), (b).

Immeubles — Titre relatif à un bien-fonds vendu pour cause d'arriérés d'impôts municipaux — Loi interdisant aux tribunaux de toucher aux actes d'adjudication — Arriéré d'impôt nécessaire pour déclencher l'application de la Loi — Erreur quant à la description légale de deux îles — Appellants occupant un bien-fonds aménagé qu'ils croyaient avoir acheté et acquittant les impôts fonciers y relatifs — Autre île non aménagée et non résidentielle — Vente pour fins d'impôt du bien-fonds occupé par les appelants — Erreur découverte après la vente — La Municipal Tax Sales Act, 1984 protège-t-elle la vente contre toute intervention judiciaire dans un cas où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables.

CONTENTS (Continued)

British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, preamble, schedule — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14, preamble.

Railways — Discontinuance of passenger-train services — Vancouver Island railway — Whether Canada has authority under Railway Act or National Transportation Act, 1987 to discontinue passenger-train service between Victoria and Nanaimo — Whether special federal legislation necessary — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 3(1)(b), 7 — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

Statutes — Agreement in schedule — Statutory ratification and confirmation of scheduled agreement — Whether agreement incorporated into statute — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

Railways — Discontinuance of passenger-train services — Federal agency order for non-discontinuance of passenger-train service not reconsidered within five years as prescribed by railway legislation — Whether Governor in Council had jurisdiction under s. 64 of National Transportation Act, 1987 to vary order after five-year period — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 268(2).

R. v. M. (M.L.)..... 3

Criminal law — Sexual offences — Sexual assault — Consent — Accused convicted of sexually assaulting his 16-year-old stepdaughter — Court of Appeal allowing accused's appeal and entering acquittal — Court of Appeal erring in holding that victim required to offer some minimal word or gesture of objection and that lack of resistance must be equated with consent — Conviction restored.

R. v. Mohan..... 9

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.

Criminal law — Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, préambule, annexe — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14, préambule.

Chemins de fer — Suppression de services de trains de voyageurs — Chemin de fer de l'Île de Vancouver — Le Canada a-t-il le pouvoir en vertu de la Loi sur les chemins de fer ou de la Loi de 1987 sur les transports nationaux de supprimer le service de trains de voyageurs entre Victoria et Nanaimo? — Une loi spéciale fédérale est-elle nécessaire? — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 3(1)(b), 7 — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

Législation — Convention annexée — Ratification et confirmation législatives d'une convention annexée — La convention fait-elle partie de la loi en question? — Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

Chemins de fer — Suppression de services de trains de voyageurs — L'ordonnance de maintien du service de trains de voyageurs, rendue par l'organisme fédéral, n'a pas été réexaminée dans le délai de cinq ans prescrit par la loi en matière de chemins de fer — Le gouverneur en conseil avait-il compétence en vertu de l'art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux pour modifier cette ordonnance après le délai de cinq ans? — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 268(2).

R. c. M. (M.L.)..... 3

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Agression sexuelle — Consentement — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle contre sa belle-fille de 16 ans — Cour d'appel accueillant l'appel de l'accusé et inscrivant un verdict d'acquiescement — Cour d'appel concluant à tort qu'une victime doit opposer un minimum de résistance, par des paroles ou des gestes, et que l'absence de résistance équivaut à consentement — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. Mohan..... 9

Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?

Suite à la page suivante

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Boutin v. Distributions C.L.B. Inc...... 7

Copyright — Infringement — “Scratch” cards — Respondents ordered to pay damages for infringement — Respondents’ appeal allowed by Court of Appeal — Criteria for infringing correctly stated and appropriately applied to facts by trial judge — Court of Appeal erroneously adding that infringing must be simple copy of original — Trial judgment restored.

British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)..... 41

Constitutional law — British Columbia Terms of Union — Vancouver Island railway — Whether Canada owes British Columbia constitutional obligation to ensure operation of train service between Victoria and Nanaimo — British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, Term 11 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l’édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Boutin c. Distributions C.L.B. Inc...... 7

Droit d’auteur — Contrefaçon — Cartes de genre «gratteux» — Intimés condamnés à payer des dommages-intérêts pour contrefaçon — Appel des intimés accueilli par la Cour d’appel — Critères d’une contrefaçon correctement énoncés et adéquatement appliqués aux faits par le juge du procès — Cour d’appel ajoutant à tort que la contrefaçon doit être une simple copie de l’original — Jugement de première instance rétabli.

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l’île de Vancouver (Re) 41

Droit constitutionnel — Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique — Chemin de fer de l’île de Vancouver — Le Canada a-t-il envers la Colombie-Britannique une obligation constitutionnelle de garantir l’exploitation du service de trains entre Victoria et Nanaimo? — Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), App. II, n° 10, art. 11

Suite à la page suivante

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 1994

2^e volume, 1994

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

M.L.M. *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund *Intervener*

INDEXED AS: R. v. M. (ML)

File No.: 23385.

1994: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Sexual offences — Sexual assault — Consent — Accused convicted of sexually assaulting his 16-year-old stepdaughter — Court of Appeal allowing accused's appeal and entering acquittal — Court of Appeal erring in holding that victim required to offer some minimal word or gesture of objection and that lack of resistance must be equated with consent — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1992), 117 N.S.R. (2d) 74, 324 A.P.R. 74, 78 C.C.C. (3d) 318, allowing the accused's appeal from his conviction for sexual assault. Appeal allowed.

Robert C. Hagell and William Delaney, for the appellant.

M. Jane McClure and M. Jean Beeler, for the respondent.

Chantal Tie and Jean Whalen, for the intervener.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **M.L.M.** *Intimé*

et

^b **Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. M. (ML)

^c N° du greffe: 23385.

1994: 3 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

^e *Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Agression sexuelle — Consentement — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle contre sa belle-fille de 16 ans — Cour d'appel accueillant l'appel de l'accusé et inscrivant un verdict d'acquittal — Cour d'appel concluant à tort qu'une victime doit opposer un minimum de résistance, par des paroles ou des gestes, et que l'absence de résistance équivaut à consentement — Déclaration de culpabilité rétablie.*

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1992), 117 N.S.R. (2d) 74, 324 A.P.R. 74, 78 C.C.C. (3d) 318, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Robert C. Hagell et William Delaney, pour l'appelante.

M. Jane McClure et M. Jean Beeler, pour l'intimé.

^j *Chantal Tie et Jean Whalen, pour l'intervenant.*

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — The appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored. Mr. Justice Sopinka will give the reasons of the Court.

SOPINKA J. — The Court of Appeal allowed the appeal from conviction on the ground that the decision of the trial judge was unreasonable and could not be supported by the evidence. In our opinion, taking into account all of the circumstances including the evidence of the complainant which was accepted by the trial judge, we are of the view that there was evidence upon which a jury, properly instructed and acting judicially, could reasonably convict. The trial judge was in the same position. The majority of the Court of Appeal was in error in holding that a victim is required to offer some minimal word or gesture of objection and that lack of resistance must be equated with consent.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondent: Weldon, Beeler, Mont & Dexter, Dartmouth.

Solicitors for the intervener: Chantal Tie, Ottawa; Jean Whalen, Dartmouth.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie. Le juge Sopinka exposera les motifs de la Cour.

LE JUGE SOPINKA — La Cour d'appel a accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité pour le motif que la décision du juge du procès était déraisonnable et n'était pas appuyée par la preuve. À notre avis, compte tenu de toutes les circonstances y compris la preuve de la plaignante qui a été acceptée par le juge du procès, il y avait des éléments de preuve à partir desquels un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire pouvait raisonnablement prononcer un verdict de culpabilité. Le juge du procès était dans la même situation. La Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en statuant qu'une victime doit opposer un minimum de résistance, par des paroles ou des gestes, et que l'absence de résistance équivaut à consentement.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureurs de l'intimé: Weldon, Beeler, Mont & Dexter, Dartmouth.

Procureurs de l'intervenant: Chantal Tie, Ottawa; Jean Whalen, Dartmouth.

Donald Anton Zazulak *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ZAZULAK

File No.: 23713.

1994: May 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Perjury — Recantation — Finding at trial of intention by accused to mislead court and of other falsehoods — Retraction of earlier false testimony within same hearing — Recantation of perjury not a defence to completed offence.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 31, 55 W.A.C. 31, 12 Alta. L.R. (3d) 125, 84 C.C.C. (3d) 303, [1993] 8 W.W.R. 614, allowing an appeal from acquittal by Wachowich J. Appeal dismissed.

C. D. Evans, Q.C., and P. C. Fagan, for the appellant.

William G. Pinckney, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MAJOR J. — The appellant raised two principal grounds of appeal:

(1) Initially the appellant submitted that the Alberta Court of Appeal erred in holding that the Crown's appeal involved a question of law.

We do not agree that there was an error of law. The substance of this ground of appeal is whether as a matter of law there can be a recantation of per-

Donald Anton Zazulak *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ZAZULAK

N° du greffe: 23713.

^b 1994: 4 mai.

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

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

Droit criminel — Parjure — Rétractation — Constatation au procès de l'intention de l'accusé d'induire la cour en erreur et de l'existence d'autres fausses déclarations — Rétractation d'un faux témoignage antérieur au cours de la même audience — Rétractation d'un parjure non opposable comme moyen de défense à une infraction complète.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 145 A.R. 31, 55 W.A.C. 31, 12 Alta. L.R. (3d) 125, 84 C.C.C. (3d) 303, [1993] 8 W.W.R. 614, qui a accueilli l'appel de l'acquittement prononcé par le juge Wachowich. Pourvoi rejeté.

C. D. Evans, c.r., et P. C. Fagan, pour l'appellant.

^g *William G. Pinckney, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE MAJOR — L'appellant a avancé deux principaux moyens d'appel:

(1) En premier lieu, il a soutenu que la Cour d'appel de l'Alberta avait commis une erreur en décidant que l'appel du ministère public soulevait une question de droit.

Nous ne sommes pas d'accord pour dire qu'il y avait une erreur de droit. Ce moyen d'appel consiste essentiellement à savoir si, en droit, il peut y

jury within the same hearing, the effect of which would be to nullify the prior finding of the completed offence. This in our opinion is a question of law.

(2) The second ground is that recantation of perjury can provide a defence.

In our opinion the finding of fact by the trial judge, with which we cannot interfere, that the accused intended initially to mislead the Court, coupled with the other findings of falsehood under oath, results in a conclusion that at that point the offence was complete. A later recantation under the circumstances of this case would not, as a matter of logic, negate an earlier intention to mislead.

Compelling evidence dealing with the good but misguided motive of the accused should, as stated by the Court of Appeal, undoubtedly count positively in his favour towards sentence.

We therefore agree with the conclusion of the Alberta Court of Appeal and the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Evans, Bascom, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Alberta Department of Justice, Edmonton.

avoir rétractation d'un parjure au cours de la même audience, ce qui aurait pour effet d'annuler la conclusion antérieure que l'infraction était complète. Il s'agit là, selon nous, d'une question de droit.

(2) Dans le second moyen, l'appelant a fait valoir que la rétractation d'un parjure pouvait constituer un moyen de défense.

À notre avis, la conclusion de fait du juge du procès, à laquelle nous ne pouvons pas toucher, voulant que l'accusé ait eu l'intention d'induire la cour en erreur à l'origine, conjuguée aux autres constatations de fausses déclarations sous serment, amène à conclure que l'infraction était complète à ce moment-là. Logiquement, une rétractation ultérieure dans les circonstances de la présente affaire n'annulerait pas une intention antérieure d'induire en erreur.

Comme l'a affirmé la Cour d'appel, il n'y a pas de doute qu'une preuve convaincante relative quant au mobile valable mais malencontreux de l'accusé devrait jouer en sa faveur pour ce qui est de la peine à lui imposer.

En conséquence, nous souscrivons à la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta et le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Evans, Bascom, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice de l'Alberta, Edmonton.

Jacques Bilodeau and Les Distributions C.L.B. Inc. *Appellants*

Jacques Bilodeau et Les Distributions C.L.B. Inc. *Appelants*

v.

a c.

Roland Boutin and Qualipro Inc. *Respondents*

Roland Boutin et Qualipro Inc. *Intimés*

INDEXED AS: BOUTIN v. DISTRIBUTIONS C.L.B. INC.

b RÉPERTORIÉ: BOUTIN c. DISTRIBUTIONS C.L.B. INC.

File No.: 23095.

Nº du greffe: 23095.

1994: May 4.

c 1994: 4 mai.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Copyright — Infringement — “Scratch” cards — Respondents ordered to pay damages for infringement — Respondents’ appeal allowed by Court of Appeal — Criteria for infringing correctly stated and appropriately applied to facts by trial judge — Court of Appeal erroneously adding that infringing must be simple copy of original — Trial judgment restored.

e *Droit d’auteur — Contrefaçon — Cartes de genre «gratteux» — Intimés condamnés à payer des dommages-intérêts pour contrefaçon — Appel des intimés accueilli par la Cour d’appel — Critères d’une contrefaçon correctement énoncés et adéquatement appliqués aux faits par le juge du procès — Cour d’appel ajoutant à tort que la contrefaçon doit être une simple copie de l’original — Jugement de première instance rétabli.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.L. 272, 56 Q.A.C. 206, 46 C.P.R. (3d) 395, reversing a judgment of the Court of Quebec, Civil Division. Appeal allowed.

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [1993] R.L. 272, 56 Q.A.C. 206, 46 C.P.R. (3d) 395, qui a infirmé un jugement de la Cour du Québec, Chambre civile. Pourvoi g accueilli.

Dominique Jobin, for the appellants.

Dominique Jobin, pour les appelants.

Sylvie Poulin, for the respondents.

h *Sylvie Poulin*, pour les intimés.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

IACOBUCCI J. — We are all of the view that this appeal should be allowed and the trial judgment restored, with costs throughout. The trial judge correctly stated the criteria for infringing and applied them appropriately to the facts he found, in support of which there was ample evidence. Although the Court of Appeal accepted these crite-

i LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d’avis d’accueillir ce pourvoi et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens dans toutes les cours. Le juge du procès a correctement énoncé les critères d’une contrefaçon et les a adéquatement appliqués aux faits qu’il a constatés et au soutien desquels il y avait amplement de preuves. Quoique

ria and facts, it erroneously added thereto that the infringing must be a simple copy of the original.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Alarie, Legault & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondents: Gauthier, Crête & Associés, Québec.

la Cour d'appel ait accepté ces critères et ces faits, elle y a erronément ajouté que la contrefaçon doit être une simple copie de l'original.

a Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Alarie, Legault & Associés, Montréal.

b Procureurs des intimés: Gauthier, Crête & Associés, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Chikmaglur Mohan *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MOHAN

File No.: 23063.

1993: November 9; 1994: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.

Criminal law — Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.

Respondent, a practising pediatrician, was charged with four counts of sexual assault on four female patients, aged 13 to 16 at the relevant time, during medical examinations conducted in his office. His counsel indicated that he intended to call a psychiatrist who would testify that the perpetrator of the alleged offences would be part of a limited and unusual group of individuals and that respondent did not fall within that narrow class because he did not possess the characteristics belonging to that group. The psychiatrist testified in a *voir dire* that the psychological profile of the perpetrator of the first three complaints was likely that of a pedophile, while the profile of the perpetrator of the fourth complaint that of a sexual psychopath. The psychiatrist intended to testify that the respondent did not fit the profiles but the evidence was ruled inadmissible at the conclusion of the *voir dire*.

Respondent was found guilty by the jury and appealed. The Court of Appeal allowed respondent's

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a Chikmaglur Mohan *Intimé*

RÉPERTOIRE: R. c. MOHAN

N° du greffe: 23063.

^b 1993: 9 novembre; 1994: 5 mai.

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

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

Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?

Droit criminel — Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne correspondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?

L'intimé, un pédiatre, fait face à quatre chefs d'accusation d'agression sexuelle commise sur quatre patientes, âgées à l'époque de 13 à 16 ans, pendant leur examen médical dans le bureau de l'intimé. Son avocat a exprimé l'intention d'appeler un psychiatre qui témoignerait que l'auteur des infractions alléguées appartenait à un groupe limité et inhabituel d'individus et que l'intimé ne faisait pas partie de cette catégorie restreinte parce qu'il n'en possédait pas les caractéristiques propres. Le psychiatre a témoigné au *voir-dire* que le profil psychologique de l'auteur des trois premières agressions alléguées était probablement celui d'un pédophile alors que celui de la quatrième était celui d'un psychopathe sexuel. Le psychiatre avait l'intention de témoigner que l'intimé ne correspondait pas à ces profils, mais son témoignage a été jugé inadmissible à l'issue du *voir-dire*.

Déclaré coupable par le jury, l'intimé a interjeté appel. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé,

appeal, quashed the convictions and ordered a new trial. The Court of Appeal therefore found it unnecessary to deal with the Crown's sentence appeal. At issue here was the determination of the circumstances in which expert evidence is admissible to show that character traits of an accused person do not fit the psychological profile of the putative perpetrator of the offences charged. Resolution of this issue involved an examination of the rules relating to (i) expert evidence, and (ii) character evidence.

Held: The appeal should be allowed.

The evidence should be excluded.

Expert Evidence

Admission of expert evidence depends on the application of the following criteria: (a) relevance; (b) necessity in assisting the trier of fact; (c) the absence of any exclusionary rule; and (d) a properly qualified expert. Relevance is a threshold requirement to be decided by the judge as a question of law. Logically relevant evidence may be excluded if its probative value is overborne by its prejudicial effect, if the time required is not commensurate with its value or if it can influence the trier of fact out of proportion to its reliability. The reliability versus effect factor has special significance in assessing the admissibility of expert evidence. Expert evidence should not be admitted where there is a danger that it will be misused or will distort the fact-finding process, or will confuse the jury.

Expert evidence, to be necessary, must likely be outside the experience and knowledge of a judge or jury and must be assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. Necessity should not be judged by too strict a standard. The possibility that evidence will overwhelm the jury and distract them from their task can often be offset by proper instructions. Experts, however, must not be permitted to usurp the functions of the trier of fact causing a trial to degenerate to a contest of experts.

Expert evidence can be excluded if it falls afoul of an exclusionary rule of evidence separate and apart from the opinion rule itself. The evidence must be given by a witness who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify.

annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. La Cour a ainsi conclu qu'il n'était pas nécessaire d'entendre l'appel du ministère public contre la sentence. Il faut déterminer en l'espèce les circonstances dans lesquelles la preuve d'expert est admissible pour démontrer que des traits de caractère d'un accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions reprochées. La résolution de la question passe par l'examen des règles en matière (i) de preuve d'expert, et (ii) de preuve de moralité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La preuve est exclue.

Preuve d'expert

L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants: a) la pertinence; b) la nécessité d'aider le juge des faits; c) l'absence de toute règle d'exclusion; et d) la qualification suffisante de l'expert. La pertinence est une exigence liminaire déterminée par le juge comme question de droit. La preuve logiquement pertinente peut être exclue si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si son effet sur le juge des faits est disproportionné par rapport à sa fiabilité. Le facteur fiabilité-effet revêt une importance particulière dans l'appréciation de l'admissibilité de la preuve d'expert. La preuve d'expert ne devrait pas être admise si elle risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits, ou de dérouter le jury.

Pour être nécessaire, la preuve d'expert doit, selon toute vraisemblance, dépasser l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury et être évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits. La nécessité ne devrait pas être jugée selon une norme trop stricte. La possibilité que la preuve ait un impact excessif sur le jury et le détourne de ses tâches peut souvent être contrecarrée par des directives appropriées. Les experts ne doivent toutefois pas pouvoir usurper les fonctions du juge des faits, ce qui pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts.

La preuve d'expert peut être exclue si elle contrevient à une règle d'exclusion de la preuve, distincte de la règle applicable à l'opinion. La preuve doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage.

In summary, expert evidence which advances a novel scientific theory or technique is subjected to special scrutiny to determine whether it meets a basic threshold of reliability and whether it is essential in the sense that the trier of fact will be unable to come to a satisfactory conclusion without the assistance of the expert. The closer the evidence approaches an opinion on an ultimate issue, the stricter the application of this principle.

Expert Evidence as to Disposition

The Crown cannot lead expert evidence as to disposition in the first instance unless it is relevant to an issue and is not being used merely as evidence of disposition. The accused, however, can adduce evidence as to disposition, but this evidence is generally limited to evidence of the accused's reputation in the community with respect to the relevant trait or traits. The accused in his or her own testimony may also rely on specific acts of good conduct. Evidence of an expert witness that the accused, by reason of his or her mental make-up or condition of the mind, would be incapable of committing or disposed to commit the crime does not fit either of these categories. A further exception, however, has developed that is limited in scope. Although the exception has been applied to abnormal behaviour usually connoting sexual deviance, its underlying rationale is based on distinctiveness.

Before an expert's opinion as to disposition is admitted as evidence, the trial judge must be satisfied, as a matter of law, that either the perpetrator of the crime or the accused has distinctive behavioural characteristics such that a comparison of one with the other will be of material assistance in determining innocence or guilt. Although this decision is made on the basis of common sense and experience, it is not made in a vacuum. The trial judge should consider the opinion of the expert and whether the expert is merely expressing a personal opinion or whether the behavioural profile which the expert is putting forward is in common use as a reliable indicator of membership in a distinctive group. A finding that the scientific community has developed a standard profile for the offender who commits this type of crime will satisfy the criteria of relevance and necessity. The evidence will qualify as an exception to the exclusionary rule relating to character evidence provided the trial judge is satisfied that the proposed opinion is within the field of expertise of the expert witness.

En résumé, la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert. Plus la preuve se rapproche de l'opinion sur une question fondamentale, plus l'application de ce principe est stricte.

Preuve d'expert quant à la prédisposition

Le ministère public ne peut produire une preuve d'expert quant à la prédisposition que si elle est pertinente et n'est pas utilisée comme simple preuve de la prédisposition. L'accusé peut en revanche produire une preuve quant à la prédisposition, mais cette preuve se limite, en règle générale, à la preuve de la réputation de l'accusé au sein de la collectivité relativement aux traits de caractère concernés. L'accusé peut aussi invoquer dans son propre témoignage des actes particuliers de bonne conduite. Le témoignage d'un expert indiquant qu'en raison de sa constitution mentale ou de son état mental, l'accusé serait incapable de commettre le crime ou ne pourrait être prédisposé à le commettre, ne correspond à aucune de ces catégories. Cependant, une autre exception de portée limitée a été créée. Bien que cette exception ait été appliquée à des comportements anormaux liés usuellement à une déviance sexuelle, sa raison d'être est le caractère distinctif.

Avant d'admettre en preuve l'opinion d'un expert sur la prédisposition, le juge du procès doit être convaincu, en droit, que l'auteur du crime ou l'accusé possède des caractéristiques de comportement distinctives de sorte que la comparaison de l'un avec l'autre aidera considérablement à déterminer l'innocence ou la culpabilité. Bien que cette décision repose sur le bon sens et l'expérience, elle n'est pas prise dans le vide. Le juge du procès devrait considérer, d'une part, l'opinion de l'expert et, d'autre part, si ce dernier exprime simplement une opinion personnelle ou si le profil de comportement qu'il décrit est couramment utilisé comme indice fiable de l'appartenance à un groupe distinctif. La conclusion que la profession scientifique a élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime satisfera aux critères de pertinence et de fiabilité. La preuve sera considérée comme une exception à la règle d'exclusion relative à la preuve de moralité à condition que le juge soit convaincu que l'opinion proposée se situe dans le domaine d'expertise du témoin expert.

Application to This Case

Nothing in the record supported a finding that the profile of a paedophile or psychopath has been standardized to the extent that it could be said that it matched the supposed profile of the offender depicted in the charges. The expert's group profiles were not seen as sufficiently reliable to be considered helpful. In the absence of these indicia of reliability, it could not be said that the evidence would be necessary in the sense of usefully clarifying a matter otherwise unaccessible, or that any value it may have had would not be outweighed by its potential for misleading or diverting the jury.

The similarities detailed by the judge dealt with the perpetrator's *modus operandi* of the acts subject to the individual counts. These were not matters to which the expert evidence related. Moreover, whether a crime is committed in a manner that identifies the perpetrator by reason of striking similarities in the method employed in the commission of other acts is something that a jury can, generally, assess without the aid of expert evidence.

Cases Cited

Considered: *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834; **referred to:** *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. B.(G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.); *R. v. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.); *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *Director of Public Prosecutions v. Jordan*, [1977] A.C. 699; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. xi; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221; *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693.

Application à l'espèce

Rien dans le dossier ne permettait de conclure que le profil du pédophile ou du psychopathe a été normalisé au point où on pourrait soutenir qu'il correspond au profil présumé du délinquant décrit dans les accusations. Les profils de groupes décrits par l'expert n'ont pas été considérés suffisamment fiables pour être utiles. En l'absence de ces indices de fiabilité, on ne pouvait pas dire que la preuve serait nécessaire au sens où elle clarifierait utilement une question qui serait autrement inaccessible, ou que la valeur qu'elle pourrait avoir ne serait pas surpassée par la possibilité qu'elle induise le jury en erreur ou le détourne de ses tâches.

Les similitudes, expliquées par le juge, portaient sur le *modus operandi* de l'auteur des actes qui étaient l'objet de chefs spécifiques. La preuve d'expert ne visait pas ces questions. De plus, la question de savoir si le crime est commis d'une manière qui identifie l'auteur, en raison de similitudes frappantes dans la méthode utilisée pour perpétrer d'autres actes, peut être appréciée en général par un jury sans l'aide de la preuve d'expert.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. c. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268; *Lowery c. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. c. Turner*, [1975] Q.B. 834; **arrêts mentionnés:** *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201; *R. c. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.); *R. c. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.); *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *Director of Public Prosecutions c. Jordan*, [1977] A.C. 699; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, autorisation de pourvoi refusée [1981] 1 R.C.S. xi; *Thompson c. The King*, [1918] A.C. 221; *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693.

Authors Cited

- Beven, Thomas. *Negligence in Law*, 4th ed. By William James Byrne and Andrew Dewar Gibb. London: Sweet & Maxwell, 1928.
- Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed., Lawyer's ed. By Edward W. Cleary, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Mewett, Alan W. "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.
- Pattenden, Rosemary. "Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia", [1986] *Crim. L.R.* 92.
- Rimm, David C. and John W. Sommerville. *Abnormal Psychology*. New York: Academic Press, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 173, 55 O.A.C. 309, 71 C.C.C. (3d) 321, 13 C.R. (4th) 292, allowing an appeal from convictions by Berstein J. sitting with jury and ordering a new trial. Appeal allowed.

Jamie C. Klukach, for the appellant.

Brian H. Greenspan and Sharon E. Lavine, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — In this appeal we are required to determine under what circumstances expert evidence is admissible to show that character traits of an accused person do not fit the psychological profile of the putative perpetrator of the offences charged. Resolution of this issue involves an examination of the rules relating to expert and character evidence.

I. FactsA. *The Events*

The respondent, a practising pediatrician in North Bay, was charged with four counts of sexual assault on four of his female patients, aged 13 to

Doctrine citée

- Beven, Thomas. *Negligence in Law*, 4th ed. By William James Byrne and Andrew Dewar Gibb. London: Sweet & Maxwell, 1928.
- Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed., Lawyer's ed. By Edward W. Cleary, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Mewett, Alan W. «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29.
- Pattenden, Rosemary. «Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia», [1986] *Crim. L.R.* 92.
- Rimm, David C. and John W. Sommerville. *Abnormal Psychology*. New York: Academic Press, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 173, 55 O.A.C. 309, 71 C.C.C. (3d) 321, 13 C.R. (4th) 292, qui a accueilli un appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Berstein, siégeant avec jury, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Jamie C. Klukach, pour l'appelante.

Brian H. Greenspan et Sharon E. Lavine, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes appelés à déterminer en l'espèce les circonstances dans lesquelles la preuve d'expert est admissible pour démontrer que des traits de caractère d'un accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions reprochées. La résolution de la question passe par l'examen des règles en matière de preuve d'expert et de moralité.

I. Les faitsA. *Les événements*

L'intimé, un pédiatre exerçant à North Bay, fait face à quatre chefs d'accusation d'agression sexuelle sur quatre de ses patientes, âgées à

16 at the relevant time. The alleged sexual assaults were perpetrated during the course of medical examinations of the patients conducted in the respondent's office. The complainants had been referred to the respondent for conditions which were, in part, psychosomatic in nature. ^a

Evidence relating to each complaint was admitted as similar fact evidence with respect to the others. The complainants did not know one another. Three of them came forth independently. Following a mistrial, which was publicized, the fourth victim came forward, having heard about the other charges. Three of the four complainants had been victims of prior sexual abuse. With respect to two of them, the respondent knew about their sexual abuse at the hands of others. The alleged assaults consisted of fondling of the girls' breasts and digital penetration and stimulation of their vaginal areas, accompanied by intrusive questioning of them as to their sexual activities. All of the complainants testified that the respondent did not wear gloves while examining them internally. The respondent, who testified in his own defence, denied the complainants' evidence. ^d

At the conclusion of the respondent's examination in chief, counsel for the respondent indicated that he intended to call a psychiatrist who would testify that the perpetrator of the offences alleged to have been committed would be part of a limited and unusual group of individuals and that the respondent did not fall within that narrow class because he did not possess the characteristics belonging to that group. The Crown sought a ruling on the admissibility of that evidence. The trial judge held a *voir dire* and ruled that the evidence tendered on the *voir dire* would not be admitted. ^g

The jury found the respondent guilty as charged on November 16, 1990. He was sentenced to nine months' imprisonment on each of the four counts, to be served concurrently, and to two years' probation. The respondent appealed his convictions and the Crown appealed the sentence. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, quashed the convictions and ordered a new trial. Accordingly, the Court of Appeal found it was not neces- ^j

l'époque de 13 à 16 ans. Les agressions sexuelles auraient été commises pendant l'examen médical des patientes dans le bureau de l'intimé. Les plaignantes lui avaient été référées pour des problèmes qui, en partie, étaient de nature psychosomatique.

La preuve relative à chaque plainte a été admise comme preuve de faits similaires à l'égard des autres. Les plaignantes ne se connaissaient pas. Trois d'entre elles ont porté plainte de façon indépendante. Après l'annulation d'un procès rendu public, la quatrième victime, ayant pris connaissance des accusations, s'est fait connaître. Des quatre plaignantes, trois avaient auparavant été victimes d'abus sexuels. En outre, l'intimé savait que deux d'entre elles l'avaient été par d'autres. Les agressions alléguées consistaient à avoir caressé les seins des filles et avoir pénétré et stimulé la région vaginale avec les doigts, et à leur avoir posé des questions indiscrettes sur leurs activités sexuelles. Toutes les plaignantes ont témoigné que l'intimé ne portait pas de gants pendant l'examen interne. L'intimé, qui a témoigné pour sa propre défense, a nié les témoignages des plaignantes.

À l'issue de l'interrogatoire principal de l'intimé, l'avocat de ce dernier a exprimé l'intention d'appeler un psychiatre qui témoignerait que l'auteur des infractions alléguées appartenait à un groupe limité et inhabituel d'individus et que l'intimé ne faisait pas partie de cette catégorie restreinte parce qu'il n'en possédait pas les caractéristiques propres. Le ministère public a demandé au juge du procès de se prononcer sur l'admissibilité de cette preuve. Ce dernier a tenu un *voir-dire*, à la suite duquel il a conclu à l'inadmissibilité de la preuve présentée au *voir-dire*.

Le 16 novembre 1990, le jury a déclaré l'intimé coupable des infractions reprochées. Il a été condamné à neuf mois d'emprisonnement relativement à chacun des quatre chefs, à purger concurremment, et à deux années de probation. L'intimé a interjeté appel des déclarations de culpabilité et le ministère public a interjeté appel de la sentence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un

sary to deal with the Crown's sentence appeal and refused the Crown leave to appeal.

The appellant sought leave to appeal to this Court against the decision of the Ontario Court of Appeal pursuant to s. 693 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. On December 10, 1992 leave to appeal was granted by this Court, [1992] 3 S.C.R. viii.

B. *The Excluded Evidence*

In the *voir dire*, Dr. Hill, the expert, began his testimony by explaining that there are three general personality groups that have unusual personality traits in terms of their psychosexual profile perspective. The first group encompasses the psychosexual who suffers from major mental illnesses (e.g., schizophrenia) and engages in inappropriate sexual behaviour occasionally. The second and largest group contains the sexual deviation types. This group of individuals shows distinct abnormalities in terms of the choice of individuals with whom they report sexual excitement and with whom they would like to engage in some type of sexual activity. The third group is that of the sexual psychopaths. These individuals have a callous disregard for people around them, including a disregard for the consequences of their sexual behaviour towards other individuals. Another group would include pedophiles who gain sexual excitement from young adolescents, probably pubertal or post-pubertal.

Dr. Hill identified pedophiles and sexual psychopaths as examples of members of unusual and limited classes of persons. In response to questions hypothetically encompassing the allegations of the four complainants, the expert stated that the psychological profile of the perpetrator of the first three complaints would likely be that of a pedophile, while the profile of the perpetrator of the fourth complaint would likely be that of a sexual psychopath. Dr. Hill also testified that, if but one perpetrator was involved in all four complaints described in the hypothetical questions, he would

nouveau procès. Elle a ainsi conclu qu'il n'était pas nécessaire d'entendre l'appel de la sentence interjeté par le ministère public, et a refusé à ce dernier l'autorisation d'appeler.

L'appelante a demandé à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre la décision de la Cour d'appel de l'Ontario conformément à l'art. 693 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le 10 décembre 1992, notre Cour a accordé l'autorisation, [1992] 3 R.C.S. viii.

B. *Les éléments de preuve écartés*

Lors du *voir-dire*, le Dr Hill, l'expert, a d'abord expliqué qu'il existait trois groupes généraux de personnalité possédant des traits de personnalité inhabituels du point de vue de leur profil psychosexuel. Le premier groupe comprend le psychosexuel qui souffre de maladie mentale grave (par exemple, la schizophrénie) et qui adopte à l'occasion un comportement sexuel inapproprié. Le deuxième groupe, le plus large, inclut les personnes ayant des déviations sexuelles. Les individus appartenant à ce groupe présentent des anomalies marquées quant au choix des personnes auxquelles ils relient l'excitation sexuelle et avec lesquelles ils aimeraient avoir une certaine forme d'activité sexuelle. Le troisième groupe comprend les psychopathes sexuels. Ils sont totalement insensibles à l'égard des gens qui les entourent, et indifférents aux conséquences de leur comportement sexuel envers autrui. Les pédophiles formeraient un quatrième groupe. Ils sont sexuellement excités par de jeunes adolescents qui sont vraisemblablement à l'âge pubertaire ou postpubertaire.

Le Dr Hill a qualifié les pédophiles et les psychopathes sexuels d'exemples d'individus membres d'une catégorie inhabituelle et restreinte de personnes. En réponse à des questions hypothétiques réunissant les allégations des quatre plaignantes, l'expert a déclaré que le profil psychologique de l'auteur des trois premières infractions serait probablement celui d'un pédophile, alors que le profil de l'auteur de la quatrième infraction serait probablement celui d'un psychopathe sexuel. Le Dr Hill a également témoigné que, si un seul auteur était impliqué relativement aux quatre

uniquely categorize that perpetrator as a sexual psychopath. He added that such a person would belong to a very small, behaviourally distinct category of persons. Dr. Hill was asked whether a physician who acted in the manner described in the hypothetical questions would be a member of a distinct group of aberrant persons. His answer was that such behaviours could only flow from a significant abnormality of character and would be part of an unusual and limited class. In cross-examination, Dr. Hill said: "You bring an extra abnormal, extra component for the abnormality when you talk about a physician in his or her office." According to Dr. Hill, physicians who were also sexual offenders would be a small group because not only would they be breaking the usual norms of society, but they would also be breaking out against the norms of the medical profession which are very strict given the intimate contact necessary to treat patients. It was contemplated that Dr. Hill would go on to testify "to the effect that Doctor Mohan does not have the characteristics attributable to any of the three groups in which most sex offenders fall."

II. Judgments Below

A. *High Court of Justice* (Ruling on *Voir Dire*) (Bernstein J.)

In ruling on the admissibility of Dr. Hill's evidence, the trial judge stated the issues as follows:

One: Did the offences alleged to have been committed by the accused have unusual features which would indicate that anyone who committed them was a member of a limited and distinguishable group?

Two: Did the psychiatrist have the necessary qualifications and expertise to venture an opinion on the first issue so as to be helpful to the jury?

The trial judge noted that Dr. Hill had personally interviewed and treated three doctors who engaged in criminal sexual misconduct with their patients. He also noted that Dr. Hill admitted that

plaintes décrites dans les questions hypothétiques, il le qualifierait de psychopathe sexuel uniquement. Il a ajouté qu'une telle personne appartenait à un groupe très restreint de personnes distinctes du point de vue de leur comportement. On a demandé au Dr Hill si un médecin agissant de la manière décrite dans les questions hypothétiques ferait partie d'un groupe distinct de personnes anormales. Il a répondu que de tels comportements ne pouvaient que découler d'une grave anomalie du caractère et feraient partie d'une catégorie inhabituelle et restreinte. En contre-interrogatoire, le Dr Hill a dit: [TRADUCTION] «Vous apportez une anomalie supplémentaire, un élément supplémentaire d'anomalie lorsque vous parlez d'un médecin dans son bureau.» Selon le Dr Hill, les médecins qui sont également des délinquants sexuels seraient peu nombreux parce que non seulement ils violent les normes ordinaires de la société, mais aussi les normes de la profession médicale, qui sont très strictes étant donné le contact intime inhérent au traitement des patients. On prévoyait que le Dr Hill témoignerait ensuite [TRADUCTION] «que le Dr Mohan ne possède pas les caractéristiques attribuables à l'un des trois groupes auxquels appartiennent la plupart des délinquants sexuels.»

II. Les juridictions inférieures

A. *La Haute Cour de Justice* (décision relative au voir-dire) (le juge Bernstein)

En se prononçant sur l'admissibilité du témoignage du Dr Hill, le juge du procès a formulé ainsi les questions en litige:

[TRADUCTION]

(1) Les infractions imputées à l'accusé avaient-elles des caractéristiques inhabituelles indiquant que quiconque les a commises appartient à un groupe restreint et distinctif?

(2) Le psychiatre possédait-il les compétences et l'expérience nécessaires pour exprimer sur la première question une opinion qui soit utile au jury?

Le juge du procès a signalé que le Dr Hill avait lui-même interrogé et traité trois médecins ayant eu un comportement sexuel criminel avec leurs patients. Il a également signalé que le Dr Hill avait

he was not aware of any scientific study or literature related to the psychiatric make-up of doctors who sexually abuse their patients and that his experience with three admitted offenders who were doctors was not a sufficient basis to allow him to make any generalizations on the subject. Dr. Hill acknowledged that he, as a psychiatrist, is unable to diagnose individuals as having the distinct characteristics of a pedophile or of a homosexual until the patient has performed an overt act which suggests the existence of the characteristic.

The trial judge reviewed the case law in which the use of such psychiatric evidence had been discussed (i.e., *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.); *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (Ont. C.A.); *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201 (Ont. C.A.); *R. v. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)). From these cases, the trial judge concluded that the use of psychiatric evidence has been greatly expanded since *R. v. Lupien*. He cited the following words of Martin J.A. in *R. v. Robertson* (at p. 423):

Evidence that the offence has distinctive features which identified the perpetrator as a person possessing unusual personality traits constituting him a member of an unusual and limited class of persons would render admissible evidence that the accused did not possess the personality characteristics of the class of persons to which the perpetrator of the crime belonged.

The trial judge also relied on the following passage of *R. v. McMillan* (at p. 175):

I leave open, until the question is required to be decided, whether when the crime is one assumed to be committed by normal persons, e.g., rape, psychiatric evidence is admissible to show that the accused is a member of an abnormal group, possessing characteristics which make it improbable that he committed the offence, e.g., that he is a homosexual with an aversion to heterosexual relations. I am disposed, however, to think that such evidence is admissible.

admis qu'il ne connaissait aucune étude ou documentation scientifique relative au portrait psychiatrique des médecins qui abusent sexuellement de leurs patients, et que son expérience acquise auprès des trois délinquants reconnus, qui étaient des médecins, ne lui permettait pas de faire des généralisations sur le sujet. Le Dr Hill a reconnu qu'à titre de psychiatre, il n'était pas en mesure de diagnostiquer chez des individus les caractéristiques distinctes d'un pédophile ou d'un homosexuel, tant que le patient n'avait pas commis d'acte manifeste pouvant indiquer l'existence de la caractéristique.

Le juge du procès a passé en revue la jurisprudence dans laquelle l'utilisation de la preuve psychiatrique a été analysée (p. ex., *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. c. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.); *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A. Ont.); *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. French* (1977), 37 C.C.C. (2d) 201 (C.A. Ont.); *R. c. Taylor* (1986), 31 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)). Fort de ces arrêts, le juge du procès a conclu que l'utilisation de la preuve psychiatrique a considérablement été élargie depuis l'arrêt *R. c. Lupien*. Il a repris les propos suivants du juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Robertson* (à la p. 423):

[TRADUCTION] La preuve que l'infraction présente des caractéristiques distinctives qui identifient l'auteur du crime comme une personne possédant des traits de personnalité inhabituels, qui le rattachent ainsi à une catégorie inhabituelle et restreinte de personnes, rendrait admissible la preuve que l'accusé ne possédait pas les traits de personnalité propres à la catégorie à laquelle l'auteur du crime appartient.

Le juge du procès a également invoqué le passage suivant de l'arrêt *R. c. McMillan* (à la p. 175):

[TRADUCTION] Je laisse ouverte, jusqu'à ce qu'elle doive être tranchée, la question de savoir, lorsqu'un crime, comme le viol, est présumé être commis par des personnes normales, si la preuve psychiatrique est admissible pour établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal possédant des caractéristiques en raison desquelles il est peu probable qu'il ait commis l'infraction, comme le fait qu'il soit un homosexuel ayant une aversion pour les relations hétérosexuelles. Je suis toutefois disposé à penser qu'une telle preuve est admissible.

After relying on *R. v. McMillan*, the trial judge held:

Doctor Hill is of the opinion that sexual assault is a crime committed by a distinguishable group. As I read the cases, I came to the conclusion that it is the size and the degree of distinctiveness of the "unusual and limited class of persons" which determines whether expert opinion will be helpful in defining the class and categorizing accused persons within or without the group. These days it is trite to say that a large number of men from all walks of life commit sexual offences on young women. While all may have some type of character disorder, I doubt that expert evidence regarding the normality of any given accused would be of assistance to a trier of fact absent some more distinguishing within the wide spectrum of sexual assault.

The evidence of Doctor Hill is not sufficient, I believe, to establish that doctors who commit sexual assaults on patients are in a significantly more limited group in psychiatric terms than are other members of society. There is no scientific data available to warrant that conclusion. A sample of three offenders is not a sufficient basis for such a conclusion. Even the allegations of the fourth complainant . . . are not so unusual, as sex offenders go, to warrant a conclusion that the perpetrator must have belonged to a sufficiently narrow class.

I conclude that if the evidence was received as proposed, it would merely be character evidence of a type that is inadmissible as going beyond evidence of general reputation, and does not fall within the proper sphere of expert evidence.

B. Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 173

It was apparent for Finlayson J.A., who wrote the court's judgment, that the trial judge's conclusions were based on a misapprehension of the evidence of Dr. Hill. Finlayson J.A. stated that Dr. Hill did not base his opinion on case studies of the three physicians he had as patients who were accused of sexual crimes. Rather, Finlayson J.A. was of the view at p. 177 that, in concluding that the perpetrators in the hypothetical examples would fall into an unusual and limited class of persons, and that, if the perpetrator were a physician, the class into which he would fall would be even

Après avoir invoqué l'arrêt *R. c. McMillan*, le juge du procès a déclaré:

[TRADUCTION] Selon le Docteur Hill, l'agression sexuelle est un crime commis par un groupe distinctif. Compte tenu de la jurisprudence, je conclus que c'est l'importance et le degré de distinction de la «catégorie inhabituelle et restreinte de personnes» qui détermine si l'opinion d'un expert contribuera à définir la catégorie et à inclure les accusés dans ce groupe ou à les en exclure. Il va sans dire qu'un grand nombre d'hommes de tous les milieux commettent des infractions sexuelles sur de jeunes femmes. S'il se peut que tous souffrent d'une forme de désordre mental, je doute que la preuve d'expert portant sur la normalité d'un accusé soit utile au juge des faits en l'absence d'un élément plus distinctif se situant à l'intérieur du large spectre de l'agression sexuelle.

À mon avis, le témoignage du Docteur Hill ne suffit pas à établir que les médecins qui agressent sexuellement leurs patients forment un groupe beaucoup plus restreint sur le plan psychiatrique que les autres membres de la société. Aucune donnée scientifique ne justifie cette conclusion. Un échantillon de trois délinquants ne suffit pas comme fondement à une telle conclusion. Même les allégations de la quatrième plaignante [. . .] ne sont pas inhabituelles, en ce qui concerne les délinquants sexuels, au point de justifier la conclusion que l'auteur du crime devait appartenir à une catégorie suffisamment restreinte.

Je conclus que, si la preuve proposée était admise, elle ne serait qu'une preuve de moralité sous une forme inadmissible puisqu'elle excède la preuve de la réputation générale, et qu'elle n'entre pas dans la sphère de la preuve d'expert.

B. La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 173

Il était évident pour le juge Finlayson, qui s'est prononcé au nom de la cour, que le juge du procès avait tiré des conclusions fondées sur une mauvaise compréhension du témoignage du Dr Hill. Le juge Finlayson a déclaré que l'opinion du Dr Hill ne reposait pas sur le cas des trois médecins qu'il avait traités et qui avaient été accusés de crimes sexuels. Au contraire, le juge Finlayson s'est dit d'avis, à la p. 177, que pour conclure que les auteurs, dans les exemples hypothétiques, tomberaient dans une catégorie inhabituelle et restreinte de personnes et que, si l'auteur du crime était un

narrower, Dr. Hill based his opinion on all of his experience:

With respect, I think the learned trial judge was in error, in that he ruled on the sufficiency of the evidence of Dr. Hill, not its admissibility. It was up to the jury to consider what weight should be given to the expert opinion. Crown counsel suggested on appeal that the trial judge was ruling on the qualifications of the expert witness to give the opinion that he did. I do not think that is a correct interpretation of the trial judge's reasons. Dr. Hill's qualifications are outstanding and no attempt was made at trial to challenge them. I think the trial judge was saying that Dr. Hill's personal experience in dealing with sex-offending physicians and the lack of scientific literature specific to such physicians did not justify Dr. Hill giving the opinion that he did. In my opinion, in restricting his interpretation of Dr. Hill's testimony to "doctors who commit sexual assaults on patients", the trial judge misapprehended the opinion of Dr. Hill and the broad psychiatric experience upon which it was based.

Finlayson J.A. went on to say that the evidence of Dr. Hill was admissible on two bases. On the first basis, given that similar fact evidence was admitted showing that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence, Dr. Hill's testimony was admissible to show that the offences alleged were unlikely to have been committed by the same person (*R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763).

On the second basis, it was admissible to show that the respondent was not a member of either of the unusual groups of aberrant personalities which could have committed the offenses alleged. Referring to *R. v. Lupien*, *supra*, at pp. 275-78, *R. v. Robertson*, *supra*, at p. 425, and *R. v. McMillan*, *supra*, Finlayson J.A. held that it is settled law that opinion evidence showing that the accused did or did not possess the distinguishing characteristics of an abnormal group is admissible in a criminal case, where it would appear that the perpetrator of the crime alleged is a person with an abnormal propensity or disposition which stamps him or her as being a member of that special and extraordi-

médecin, la catégorie à laquelle il appartiendrait serait encore plus restreinte, le Dr Hill a fondé son opinion sur son expérience générale:

[TRADUCTION] Avec égards, j'estime que le juge du procès a commis une erreur puisqu'il s'est prononcé sur la suffisance du témoignage du Dr Hill et non sur son admissibilité. Il appartenait au jury d'apprécier la valeur de l'opinion d'expert. Le ministère public a donné à entendre en appel que le juge du procès se prononçait sur les compétences du témoin expert pour exprimer l'opinion en cause. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'une interprétation juste des motifs du juge du procès. Les compétences du Dr Hill sont remarquables et personne n'a tenté de les contester au procès. À mon avis, le juge du procès affirmait que l'expérience personnelle du Dr Hill acquise auprès des médecins auteurs d'infractions sexuelles, d'une part, et l'absence de documentation scientifique sur de tels médecins, d'autre part, ne permettaient pas au Dr Hill d'exprimer l'opinion en cause. À mon avis, en restreignant aux «médecins qui agressent sexuellement leurs patients» son interprétation de l'opinion du Dr Hill, le juge du procès a mal interprété celle-ci et la grande expérience psychiatrique sur laquelle elle est fondée.

Le juge Finlayson a ensuite ajouté que le témoignage du Dr Hill était admissible pour deux motifs. D'une part, étant donné que la preuve de faits similaires admise démontre que les actes comparés sont si inhabituels et d'une similitude si frappante qu'on ne peut attribuer celle-ci à la coïncidence, le témoignage du Dr Hill était admissible pour démontrer qu'il était peu probable que les infractions alléguées aient été commises par la même personne (*R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763).

Par ailleurs, il était admissible pour démontrer que l'intimé n'était pas membre des groupes inhabituels de personnalités anormales qui auraient pu commettre les infractions alléguées. Invoquant les arrêts *R. c. Lupien*, précité, aux pp. 275 à 278; *R. c. Robertson*, précité, à la p. 425 et *R. c. McMillan*, précité, le juge Finlayson a conclu qu'il est établi en droit que le témoignage d'opinion qui démontre que l'accusé possédait ou ne possédait pas les caractéristiques distinctives d'un groupe anormal est admissible dans une affaire criminelle lorsqu'il appert que l'auteur du crime reproché a une propension ou une prédisposition anormale qui indique qu'il est membre de cette catégorie (ou

nary class (or group). In this case, the psychiatrist showed that pedophiles and sexual psychopaths are members of special and extraordinary classes. Considering also the issues put to the jury in the case at bar (complex psychological issues, testimonial trustworthiness), Finlayson J.A. held that evidence of persons with professional psychiatric experience in dealing with sexual offences would be of assistance (based on: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, *supra*; *R. v. B.(G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30).

The court allowed the respondent's appeal, quashed the convictions and ordered a new trial. Accordingly, the Court of Appeal refused leave to the Crown's sentence appeal.

III. Analysis

The admissibility of the rejected evidence was analyzed in argument under two exclusionary rules of evidence: (1) expert opinion evidence, and (2) character evidence. I have concluded that, on the basis of the principles relating to exceptions to the character evidence rule and under the principles governing the admissibility of expert evidence, the limitations on the use of this type of evidence require that the evidence in this case be excluded.

(1) *Expert Opinion Evidence*

Admission of expert evidence depends on the application of the following criteria:

- (a) relevance;
- (b) necessity in assisting the trier of fact;
- (c) the absence of any exclusionary rule;
- (d) a properly qualified expert.

(a) Relevance

Relevance is a threshold requirement for the admission of expert evidence as with all other evidence. Relevance is a matter to be decided by a judge as question of law. Although *prima facie* admissible if so related to a fact in issue that it

groupe) spéciale et extraordinaire. En l'espèce, le psychiatre a démontré que les pédophiles et les psychopathes sexuels appartiennent à des catégories spéciales et extraordinaires. Tenant compte également des questions soumises au jury en l'espèce (questions psychologiques complexes, fiabilité du témoignage), le juge Finlayson a conclu que le témoignage de personnes dotées d'une expérience psychiatrique professionnelle dans le domaine des infractions sexuelles serait utile (fondé sur: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, précité; *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30).

La cour a accueilli l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Elle n'a donc pas autorisé le ministère public à en appeler de la sentence.

III. Analyse

L'admissibilité de la preuve écartée a été analysée en plaidoirie au regard de deux règles d'exclusion de la preuve: (1) le témoignage d'opinion d'un expert et (2) la preuve de moralité. Compte tenu des principes qui gouvernent les exceptions à la règle en matière de preuve de moralité et de ceux qui gouvernent l'admissibilité de la preuve d'expert, j'ai conclu que les restrictions imposées à l'utilisation de ce type de preuve exigent d'écarter le témoignage en l'espèce.

(1) *Témoignage d'opinion d'un expert*

L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants:

- a) la pertinence;
- b) la nécessité d'aider le juge des faits;
- c) l'absence de toute règle d'exclusion;
- d) la qualification suffisante de l'expert.

a) La pertinence

Comme pour toute autre preuve, la pertinence est une exigence liminaire pour l'admission d'une preuve d'expert. La pertinence est déterminée par le juge comme question de droit. Bien que la preuve soit admissible à première vue si elle est à

tends to establish it, that does not end the inquiry. This merely determines the logical relevance of the evidence. Other considerations enter into the decision as to admissibility. This further inquiry may be described as a cost benefit analysis, that is "whether its value is worth what it costs." See *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at p. 544. Cost in this context is not used in its traditional economic sense but rather in terms of its impact on the trial process. Evidence that is otherwise logically relevant may be excluded on this basis, if its probative value is overborne by its prejudicial effect, if it involves an inordinate amount of time which is not commensurate with its value or if it is misleading in the sense that its effect on the trier of fact, particularly a jury, is out of proportion to its reliability. While frequently considered as an aspect of legal relevance, the exclusion of logically relevant evidence on these grounds is more properly regarded as a general exclusionary rule (see *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190). Whether it is treated as an aspect of relevance or an exclusionary rule, the effect is the same. The reliability versus effect factor has special significance in assessing the admissibility of expert evidence.

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. As La Forest J. stated in *R. v. Bédard*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 434, with respect to the evidence of the results of a polygraph tendered by the accused, such evidence should not be admitted by reason of "human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science". The application of this principle can be seen in cases such as *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348, in which Moldaver J. applied a threshold test of reliability to what he described, at p. 353, as "a new scientific

ce point liée au fait concerné qu'elle tend à l'établir, l'analyse ne se termine pas là. Cela établit seulement la pertinence logique de la preuve. D'autres considérations influent également sur la décision relative à l'admissibilité. Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices, à savoir «si la valeur en vaut le coût.» Voir *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), à la p. 544. Le coût dans ce contexte n'est pas utilisé dans le sens économique traditionnel du terme, mais plutôt par rapport à son impact sur le procès. La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité. Bien qu'elle ait été fréquemment considérée comme un aspect de la pertinence juridique, l'exclusion d'une preuve logiquement pertinente, pour ces raisons, devrait être considérée comme une règle générale d'exclusion (voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190). Qu'elle soit traitée comme un aspect de la pertinence ou une règle d'exclusion, son effet est le même. Ce facteur fiabilité-effet revêt une importance particulière dans l'appréciation de l'admissibilité de la preuve d'expert.

La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *R. c. Bédard*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 434, relativement au témoignage sur les résultats d'un détecteur de mensonges produits par l'accusé, une telle preuve ne devrait pas être admise en raison de «la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science». On a appliqué ce principe dans des décisions comme *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348, dans laquelle le juge Moldaver a appliqué un

technique or body of scientific knowledge". Moldaver J. also mentioned two other factors, *inter alia*, which should be considered in such circumstances (at p. 353):

- (1) Is the evidence likely to assist the jury in its fact-finding mission, or is it likely to confuse and confound the jury?
- (2) Is the jury likely to be overwhelmed by the "mystic infallibility" of the evidence, or will the jury be able to keep an open mind and objectively assess the worth of the evidence?

A similar approach was adopted in *R. v. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.), where, in ruling upon a *voir dire* concerning the admissibility of D.N.A. evidence, Flanigan J. admitted most of the evidence but excluded statistical evidence about the probability of a match between the DNA contained in samples taken from the accused and those taken from the scene of a crime. The learned judge explained:

This Court does not think that the criminal jurisdiction of Canada is yet ready to put such an additional pressure on a jury, by making them overcome such fantastic odds and asking them to weigh it as just one piece of evidence to be considered in the overall picture of all the evidence presented. There is a real danger that the jury will use the evidence as a measure of the probability of the accused's guilt or innocence and thereby undermine the presumption of innocence and erode the value served by the reasonable doubt standard. As said in the Schwartz case: "dehumanize our justice system".

I would therefore, rule admissible the D.N.A. testing evidence but not the statistic probabilities. This restriction can be easily overcome by evidence that "such matches are rare" or "extremely rare" or words to the same effect, which will put the jury in a better position to assess such evidence and protect the right of the accused to a fair trial.

It should be noted that, subsequently, other courts have rejected the distinction drawn by Flanigan J. and have admitted both DNA evidence and the evi-

critère préliminaire de fiabilité à ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] «nouvelle technique ou discipline scientifique» (p. 353). Le juge Moldaver a également mentionné deux facteurs, entre autres, qui devraient être considérés dans de telles circonstances (à la p. 353):

[TRADUCTION]

- (1) La preuve est-elle susceptible de faciliter la tâche de recherche des faits du jury, ou susceptible de l'embrouiller et de le dérouter?
- (2) Le jury est-il susceptible d'être écrasé par l'«infaillibilité mystique» de la preuve, ou sera-t-il capable de garder l'esprit ouvert et d'en apprécier objectivement la valeur?

Un point de vue semblable a été adopté dans la décision *R. c. Bourguignon*, [1991] O.J. No. 2670 (Q.L.) où, se prononçant sur un *voir-dire* concernant l'admissibilité de la preuve d'ADN, le juge Flanigan a admis la plus grande partie de la preuve en excluant toutefois les statistiques sur la probabilité que l'ADN prélevé sur des échantillons recueillis sur l'accusé concorde avec celui prélevé sur la scène du crime. Le juge s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Notre Cour ne croit pas que la juridiction criminelle au Canada soit prête à imposer une pression supplémentaire aux membres du jury en exigeant d'eux qu'ils surmontent des obstacles aussi énormes et qu'ils la pondèrent comme un simple élément de preuve à examiner dans le cadre de l'ensemble de la preuve produite. Il y a un danger réel que le jury utilise la preuve comme une mesure de la probabilité de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et que cela mine la présomption d'innocence et la valeur que présente la norme du doute raisonnable. Comme on l'a dit dans l'affaire Schwartz, «déshumaniser notre système de justice».

Je déclarerais par conséquent admissible la preuve de l'analyse d'A.D.N., mais pas les probabilités statistiques. Cette restriction peut facilement être surmontée par la preuve qu'«une telle concordance est rare» ou «extrêmement rare» ou par une formulation de ce genre, ce qui permettra au jury de mieux apprécier la preuve en question et protégera le droit de l'accusé à un procès équitable.

Il y a lieu de signaler que, par la suite, d'autres tribunaux ont rejeté la distinction établie par le juge Flanigan et ont admis tant la preuve d'ADN que la

dence regarding statistical probabilities of a match. (See, e.g., *R. v. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.)). I rely on *R. v. Bourguignon*, *supra*, simply to illustrate the mode of approach adopted there and leave the specific issue decided by Flanigan J. to be considered when it arises.

(b) Necessity in Assisting the Trier of Fact

In *R. v. Abbey*, *supra*, Dickson J., as he then was, stated, at p. 42:

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, *per* Lawton L.J.)

This pre-condition is often expressed in terms as to whether the evidence would be helpful to the trier of fact. The word "helpful" is not quite appropriate and sets too low a standard. However, I would not judge necessity by too strict a standard. What is required is that the opinion be necessary in the sense that it provide information "which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury": as quoted by Dickson J. in *R. v. Abbey*, *supra*. As stated by Dickson J., the evidence must be necessary to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue due to their technical nature. In *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684, this Court, quoting from *Beven on Negligence* (4th ed. 1928), at p. 141, stated that in order for expert evidence to be admissible, "[t]he subject-matter of the inquiry must be such that ordinary people are unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge". More recently, in *R. v. Lavallee*, *supra*, the above passages from *Kelliher* and *Abbey* were applied to admit expert

preuve relative aux probabilités statistiques d'une concordance. (Voir, p. ex., *R. c. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.)). Je m'appuie sur l'arrêt *R. c. Bourguignon*, précité, seulement pour illustrer la méthode adoptée dans cette affaire et je laisse la question précise tranchée par le juge Flanigan à considérer quand elle sera soulevée.

b) La nécessité d'aider le juge des faits

Dans l'arrêt *R. c. Abbey*, précité, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a dit à la p. 42:

Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

Cette condition préalable est fréquemment reprise dans la question de savoir si la preuve serait utile au juge des faits. Le mot «utile» n'est pas tout à fait juste car il établit un seuil trop bas. Toutefois, je ne jugerais pas la nécessité selon une norme trop stricte. L'exigence est que l'opinion soit nécessaire au sens qu'elle fournit des renseignements «qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury»: cité par le juge Dickson, dans *Abbey*, précité. Comme le juge Dickson l'a dit, la preuve doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d'apprécier les questions en litige étant donné leur nature technique. Dans l'arrêt *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684, notre Cour, citant *Beven on Negligence* (4^e éd. 1928) à la p. 141, a déclaré que la preuve d'expert était admissible si [TRADUCTION] «l'objet de l'analyse est tel qu'il est peu probable que des personnes ordinaires puissent former un jugement juste à cet égard sans l'assistance de personnes possédant des connaissances spéciales». Plus récemment, dans

evidence as to the state of mind of a "battered" woman. The judgment stressed that this was an area that is not understood by the average person.

As in the case of relevance, discussed above, the need for the evidence is assessed in light of its potential to distort the fact-finding process. As stated by Lawton L.J. in *R. v. Turner*, [1975] Q.B. 834, at p. 841, and approved by Lord Wilberforce in *Director of Public Prosecutions v. Jordan*, [1977] A.C. 699, at p. 718:

"An expert's opinion is admissible to furnish the court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of an expert is unnecessary. In such a case if it is given dressed up in scientific jargon it may make judgment more difficult. The fact that an expert witness has impressive scientific qualifications does not by that fact alone make his opinion on matters of human nature and behaviour within the limits of normality any more helpful than that of the jurors themselves; but there is a danger that they may think it does."

The possibility that evidence will overwhelm the jury and distract them from their task can often be offset by proper instructions.

There is also a concern inherent in the application of this criterion that experts not be permitted to usurp the functions of the trier of fact. Too liberal an approach could result in a trial's becoming nothing more than a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept.

These concerns were the basis of the rule which excluded expert evidence in respect of the ultimate issue. Although the rule is no longer of general application, the concerns underlying it remain. In light of these concerns, the criteria of relevance and necessity are applied strictly, on occasion, to exclude expert evidence as to an ultimate issue.

l'arrêt *R. c. Lavallee*, précité, les passages précités des arrêts *Kelliher* et *Abbey* ont été appliqués pour admettre une preuve d'expert sur l'état d'esprit d'une femme «battue». On a souligné qu'il s'agissait là d'un domaine que la personne ordinaire ne comprend pas.

Comme la pertinence, analysée précédemment, la nécessité de la preuve est évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits. Comme le lord juge Lawton l'a remarqué dans l'arrêt *R. c. Turner*, [1975] Q.B. 834, à la p. 841, qui a été approuvé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Jordan*, [1977] A.C. 699, à la p. 718:

[TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire. Dans un tel cas, si elle est exprimée dans un jargon scientifique, elle rend la tâche de juger plus difficile. Le seul fait qu'un témoin expert possède des qualifications scientifiques impressionnantes ne signifie pas que son opinion sur les questions de la nature et du comportement humains dans le cadre de la normalité est plus utile que celle des jurés eux-mêmes; ces derniers risquent toutefois de croire qu'elle l'est.»

La possibilité que la preuve ait un impact excessif sur le jury et le détourne de ses tâches peut souvent être contrecarrée par des directives appropriées.

Il y a également la crainte inhérente à l'application de ce critère que les experts ne puissent usurper les fonctions du juge des faits. Une conception trop libérale pourrait réduire le procès à un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter.

Ces préoccupations sont le fondement de la règle d'exclusion de la preuve d'expert relativement à une question fondamentale. Bien que la règle ne soit plus d'application générale, les préoccupations qui la sous-tendent demeurent. En raison de ces préoccupations, les critères de pertinence et de nécessité sont à l'occasion appliqués strictement

Expert evidence as to credibility or oath-helping has been excluded on this basis. See *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, *per* McLachlin J.

pour exclure la preuve d'expert sur une question fondamentale. La preuve d'expert sur la crédibilité ou la justification a été exclue pour ce motif. Voir l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, les motifs du juge McLachlin.

(c) The Absence of any Exclusionary Rule

c) L'absence de toute règle d'exclusion

Compliance with criteria (a), (b) and (d) will not ensure the admissibility of expert evidence if it falls afoul of an exclusionary rule of evidence separate and apart from the opinion rule itself. For example, in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, evidence elicited by the Crown in cross-examination of the psychiatrist called by the accused was inadmissible because it was not shown to be relevant other than as to the disposition to commit the crime charged. Notwithstanding, therefore, that the evidence otherwise complied with the criteria for the admission of expert evidence it was excluded by reason of the rule that prevents the Crown from adducing evidence of the accused's disposition unless the latter has placed his or her character in issue. The extent of the restriction when such evidence is tendered by the accused lies at the heart of this case and will be discussed hereunder.

Le respect des critères a), b) et d) n'assurera pas l'admissibilité de la preuve d'expert si celle-ci contrevient à une règle d'exclusion de la preuve, distincte de la règle applicable à l'opinion. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, la preuve obtenue par le ministère public en contre-interrogatoire du psychiatre cité par l'accusé a été jugée inadmissible parce qu'il n'avait pas été établi qu'elle était pertinente autrement que relativement à la propension à commettre le crime reproché. En dépit du fait que la preuve respectait par ailleurs les critères d'admissibilité de la preuve d'expert, elle a donc été exclue sur le fondement de la règle qui interdit au ministère public de produire une preuve de la propension de l'accusé à moins que ce dernier n'ait mis sa moralité en jeu. La portée de la restriction, lorsqu'une telle preuve est produite par l'accusé, est au cœur même de la présente affaire, et sera analysée ci-après.

(d) A Properly Qualified Expert

d) La qualification suffisante de l'expert

Finally the evidence must be given by a witness who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify.

Enfin, la preuve doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage.

In summary, therefore, it appears from the foregoing that expert evidence which advances a novel scientific theory or technique is subjected to special scrutiny to determine whether it meets a basic threshold of reliability and whether it is essential in the sense that the trier of fact will be unable to come to a satisfactory conclusion without the assistance of the expert. The closer the evidence approaches an opinion on an ultimate issue, the stricter the application of this principle.

En résumé, il ressort donc de ce qui précède que la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert. Plus la preuve se rapproche de l'opinion sur une question fondamentale, plus l'application de ce principe est stricte.

(2) *Expert Evidence as to Disposition*

In order to decide what principles should govern the admissibility of this kind of evidence, it is necessary to consider the limitations imposed by the rules relating to character evidence, having regard to the restrictions imposed by the criteria in respect of expert evidence.

I have already referred to *R. v. Morin*, wherein an unanimous court decided that the Crown cannot lead such evidence in the first instance unless it is relevant to an issue and is not being used merely as evidence of disposition. As I stated, at p. 371:

In my opinion, in order to be relevant on the issue of identity the evidence must tend to show that the accused shared a distinctive unusual behavioural trait with the perpetrator of the crime. The trait must be sufficiently distinctive that it operates virtually as a badge or mark identifying the perpetrator. The judgment of Lord Hailsham in *Boardman*, quoted above, provides one illustration of the kind of evidence that would be relevant.

Conversely, the fact that the accused is a member of an abnormal group some of the members of which have the unusual behavioural characteristics shown to have been possessed by the perpetrator is not sufficient. In some cases it may, however, be shown that all members of the group have the distinctive unusual characteristics. If a reasonable inference can be drawn that the accused has those traits then the evidence is relevant subject to the trial judge's obligation to exclude it if its prejudicial effect outweighs its probative value. The greater the number of persons in society having these tendencies, the less relevant the evidence on the issue of identity and the more likely that its prejudicial effect predominates over its probative value.

When, however, the evidence is tendered by the accused, other considerations apply. The accused is permitted to adduce evidence as to disposition both in his or her own evidence or by calling witnesses. The general rule is that evidence as to character is limited to evidence of the accused's reputation in the community with respect to the relevant trait or traits. The accused in his or her own testi-

(2) *Preuve d'expert quant à la prédisposition*

Pour déterminer les principes qui devraient gouverner l'admissibilité de ce genre de preuve, il faut considérer les restrictions imposées par les règles relatives à la preuve de moralité, eu égard aux restrictions imposées par les critères relatifs à la preuve d'expert.

J'ai cité plus haut l'arrêt *R. c. Morin* dans lequel notre Cour unanime a décidé que le ministère public ne peut produire une telle preuve en premier lieu que si elle est pertinente et n'est pas utilisée comme simple preuve de la prédisposition. Comme je l'ai mentionné, à la p. 371:

À mon avis, pour être pertinente relativement à la question de l'identité, la preuve doit tendre à démontrer que l'accusé partageait avec l'auteur du crime un trait de comportement distinctif inhabile. Le trait doit être distinctif au point d'agir presque comme une étiquette ou une marque qui identifie l'auteur du crime. L'extrait précité des motifs de lord Hailsham dans l'arrêt *Boardman* donne un exemple du genre de preuve qui serait pertinente.

Inversement, l'appartenance de l'accusé à un groupe anormal dont certains membres présentent des caractéristiques de comportement inhabituelles que possédait l'auteur du crime, n'est pas suffisante. Dans certains cas, cependant, il peut être démontré que tous les membres du groupe ont les caractéristiques distinctives inhabituelles. Si on peut raisonnablement en déduire que l'accusé possède ces traits, la preuve est alors pertinente sous réserve de l'obligation du juge du procès de l'exclure si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Plus le nombre de personnes dans la société présente ces tendances, moins la preuve est pertinente relativement à la question de l'identité et plus il est vraisemblable que son effet préjudiciable soit supérieur à sa valeur probante.

Néanmoins, lorsque la preuve est celle de l'accusé, d'autres facteurs entrent en jeu. L'accusé peut produire une preuve sur la prédisposition tant par son propre témoignage que par celui d'autres témoins. Suivant la règle générale, la preuve de moralité se limite à la preuve de la réputation de l'accusé au sein de la collectivité relativement au trait de caractère concerné. L'accusé peut toutefois

mony, however, may rely on specific acts of good conduct. See *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, at p. 348; leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. xi. Evidence of an expert witness that the accused, by reason of his or her mental make-up or condition of the mind, would be incapable of committing or disposed to commit the crime does not fit either of these categories. A further exception, however, has developed that is limited in scope. I propose to examine the extent of this exception.

In England, with the exception of non-insane automatism, expert psychiatric and psychological evidence is not admissible to show the accused's state of mind unless it is contended that the accused is abnormal in the sense of suffering from insanity or diminished responsibility. In *R. v. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268, the trial judge refused to allow medical evidence that the accused who was not alleged to be suffering from a disease of the mind lacked the necessary *mens rea*. In the Court of Appeal, Roskill L.J. stated at p. 271 that it was "not permissible to call a witness, whatever his personal experience, merely to tell the jury how he thinks an accused man's mind — assum[ing] a normal mind — operated at the time of the alleged crime"

In *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.), such evidence was admitted when tendered by one co-accused against another. It was a case involving the sadistic murder of a young girl. Lowery and King were both charged, and it was obvious that one, the other, or both of them were guilty. In this context, King sought to prove that he feared Lowery and that Lowery dominated him. The Privy Council held that the trial judge acted properly in allowing King to call a psychiatrist to swear that he was less likely to have committed the crime than Lowery. That is, character evidence tendered by a psychiatrist was held to be admissible. Lord

invoker dans son propre témoignage des actes particuliers de bonne conduite. Voir *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, à la p. 348; autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. xi. Le témoignage d'un expert indiquant qu'en raison de sa constitution mentale ou de son état mental, l'accusé serait incapable de commettre le crime ou ne pourrait être prédisposé à le commettre, ne correspond à aucune des catégories concernées. Une autre exception de portée limitée a toutefois été créée. Je propose d'en examiner l'étendue.

En Angleterre, à l'exception de l'automatisme non fondé sur l'aliénation mentale, la preuve d'expert psychiatrique et psychologique n'est pas admissible pour démontrer l'état d'esprit de l'accusé, sauf si on fait valoir qu'il est anormal parce qu'il souffre d'aliénation mentale ou de responsabilité amoindrie. Dans l'arrêt *R. c. Chard* (1971), 56 Cr. App. R. 268, le juge du procès a refusé d'accueillir la preuve médicale portant que l'accusé, dont on n'alléguait pas qu'il souffrait d'une maladie mentale, n'avait pas la *mens rea* requise. En Cour d'appel, le lord juge Roskill a déclaré, à la p. 271, qu'il était [TRADUCTION] «interdit de citer un témoin, quelle que soit son expérience personnelle, simplement pour dire au jury comment il pense que l'esprit de l'accusé — en suppos[ant] qu'il ait un esprit normal — fonctionnait à l'époque du crime reproché . . . »

Dans l'arrêt *Lowery c. The Queen*, [1974] A.C. 85 (C.P.), un témoignage semblable, rendu par un coaccusé contre l'autre, a été admis. L'affaire portait sur le meurtre sadique d'une jeune fille. Lowery et King étaient tous deux accusés, et il était évident que l'un ou l'autre, ou les deux, étaient coupables. C'est dans ce contexte que King a cherché à établir qu'il craignait Lowery et que ce dernier exerçait sur lui sa domination. Le Conseil privé a conclu que le juge du procès avait agi correctement en permettant à King d'appeler un psychiatre pour témoigner sous serment qu'il était moins susceptible d'avoir commis le crime que Lowery. La preuve de moralité produite par un psychiatre a ainsi été jugée admissible. Lord

Morris of Borth-y-Gest of the Privy Council stated, at p. 103:

Lowery and King were each asserting that the other was the completely dominating person at the time Rosalyn Nolte was killed: each claimed to have been in fear of the other. In these circumstances it was most relevant for King to be able to show, if he could, that Lowery had a personality marked by aggressiveness whereas he, King, had a personality which suggested that he would be led and dominated by someone who was dominant and aggressive Not only however was the evidence which King called relevant to this case: its admissibility was placed beyond doubt by the whole substance of Lowery's case.

Moreover, in *R. v. Turner, supra*, the accused unsuccessfully pleaded provocation in answer to a charge of murder of his girlfriend whom he alleged that he had killed in a fit of rage caused by her sudden confession of infidelity. He appealed on the grounds that the trial judge had wrongly refused to admit the evidence of a psychiatrist. That psychiatrist was to testify to the effect that the accused was not mentally ill, that he had a great affection toward the victim and that he deeply regretted his act of murder. The evidence was rejected on the basis that it was not the proper subject of expert evidence. As for *Lowery v. The Queen*, it was confined to its own facts.

C. Tapper in *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 492, reconciled *Lowery v. The Queen* and *R. v. Turner* using a principled approach:

Juries do not need to be told that normal men are liable to lose control of themselves when their women admit to infidelity, but they require all the expert assistance they can get to help them determine which of two accused has the more aggressive personality.

Tapper then proceeded to reconcile the two cases using a more technical approach:

Another way of reconciling the cases would be to treat the fact that Lowery had put his character in issue as crucial to the decision of the Privy Council, the psychiatric evidence then being admissible to impugn the credibility of his testimony. Unfortunately we are left with-

Morris of Borth-y-Gest du Conseil privé a dit, à la p. 103:

[TRADUCTION] Lowery et King ont tous deux fait valoir que l'autre était le dominateur absolu à l'époque du meurtre de Rosalyn Nolte: tous deux ont soutenu avoir craint l'autre. Dans ces circonstances, il était tout à fait opportun pour King de pouvoir démontrer, s'il en était capable, que Lowery avait une personnalité marquée par l'agressivité alors que lui-même, King, avait une personnalité indiquant qu'il serait mené et dominé par une personne dominante et agressive [. . .] Toutefois, non seulement la preuve que King a produite était-elle pertinente quant à la présente affaire, mais son admissibilité a été placée au-dessus de tout doute par la substance de la preuve de Lowery.

En outre, dans l'arrêt *R. c. Turner*, précité, l'accusé a plaidé sans succès la provocation en défense à l'accusation du meurtre de son amie qu'il alléguait avoir tuée dans un excès de rage provoqué par sa confession inattendue d'infidélité. Il a interjeté appel pour le motif que le juge du procès avait refusé à tort d'admettre le témoignage d'un psychiatre. Ce dernier devait témoigner que l'accusé n'était pas mentalement malade, qu'il ressentait une grande affection à l'endroit de la victime et qu'il regrettait sincèrement d'avoir commis le meurtre. Le témoignage a été rejeté sur le fondement qu'il ne relevait pas de la preuve d'expert. Quant à l'affaire *Lowery c. The Queen*, elle a été confinée à ses propres faits.

C. Tapper dans *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 492, a concilié les arrêts *Lowery c. The Queen* et *R. c. Turner*, en s'aidant d'une conception fondée sur les principes:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de dire aux jurés que des hommes normaux peuvent perdre leur maîtrise de soi lorsque leurs femmes avouent leur infidélité, mais il convient de leur fournir toute l'aide experte possible afin de déterminer lequel des deux accusés est le plus agressif.

Tapper a ensuite concilié les deux affaires en recourant à une conception plus technique:

[TRADUCTION] On peut concilier les deux affaires également en faisant du fait que Lowery a mis sa moralité en jeu un élément déterminant de la décision du Conseil privé, la preuve psychiatrique étant alors admissible pour attaquer la crédibilité de son témoignage. Malheu-

out any guidance on the subject from the Court of Appeal who contented themselves with saying that *Lowery's* case was decided on its special facts.

With respect to the development of the exception in Canada, *R. v. Lupien, supra*, is a good starting point. It involved a respondent who was convicted of attempting to commit an act of gross indecency, and whose defence was that he lacked the requisite intent to commit the act because he thought his companion was a woman. He sought to prove his "lack of intent" by tendering psychiatric evidence which showed that he reacted violently against any type of homosexual activity and, therefore, could not have knowingly engaged in an act of gross indecency. Ritchie J. concluded, at pp. 277-78, that the evidence was admissible for the following reasons:

I am far from saying that as a general rule psychiatric evidence of a man's disinclination to commit the kind of crime with which he is charged should be admitted, but the present case is concerned with gross indecency between two men and I think that crimes involving homosexuality stand in a class by themselves in the sense that the participants frequently have characteristics which make them more readily identifiable as a class than ordinary criminals. See *Reg. v. Thompson* [(1917), 13 Cr. App. R. 61 at 81]. In any event, it appears to me that the question of whether or not a man is homosexually inclined or otherwise sexually perverted is one upon which an experienced psychiatrist is qualified to express an opinion and that if such opinion is relevant it should be admitted at a trial such as this even if it involves the psychiatrist in expressing his conclusion that the accused does not have the capacity to commit the crime with which he is charged.

It is this passage that created the abnormal group exception which is often sought to be applied to various contexts other than the homosexual context.

The Ontario Court of Appeal, and specifically Martin J.A., further looked into this exception of proving the disposition of the accused through psychiatric evidence in the following two cases: *R. v. McMillan, supra*, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824, and *R. v. Robertson, supra*.

reusement, nous sommes laissés sans autre assistance à cet égard que la simple déclaration de la Cour d'appel portant que l'affaire *Lowery* a été décidée en fonction de ses faits propres.

^a L'arrêt *R. c. Lupien*, précité, est un bon point de départ de l'évolution de l'exception au Canada. Déclaré coupable d'avoir tenté de commettre un acte de grossière indécence, l'intimé plaidait qu'il n'avait pas l'intention requise pour commettre l'acte, parce qu'il croyait que son compagnon était une femme. Il a tenté d'établir son «absence d'intention» en produisant une preuve psychiatrique démontrant qu'il réagissait violemment à tout genre d'activité homosexuelle et que, par conséquent, il ne pouvait avoir sciemment commis un acte de grossière indécence. Le juge Ritchie a conclu à l'admissibilité de la preuve pour les motifs suivants (aux pp. 277 et 278):

^e Je suis loin de poser comme règle générale que la preuve psychiatrique des prédispositions d'une personne à ne pas commettre le genre de crime dont il est accusé doit être admise, mais dans cette affaire-ci il s'agit de grossière indécence entre deux hommes et je pense que les crimes relatifs à l'homosexualité sont dans une catégorie à part, en ce sens que leurs auteurs possèdent souvent des caractéristiques qui les rendent collectivement plus facilement identifiables que les criminels ordinaires. Voir *Regina v. Thompson* [(1917), 13 Cr. App. R. 61 à 81]. De toute façon, il me paraît qu'un psychiatre est qualifié pour exprimer un avis sur la question de savoir si un homme est prédisposé à l'homosexualité, ou autrement sexuellement perversi. Si un tel avis est pertinent, il doit être recevable dans un procès comme celui-ci, même s'il amène le psychiatre à exprimer l'avis que l'inculpé ne possède pas la capacité de commettre le crime dont il est accusé.

^h C'est ce passage qui a créé l'exception relative au groupe anormal que l'on tente fréquemment d'appliquer dans des contextes autres que celui de l'homosexualité.

ⁱ La Cour d'appel de l'Ontario, et en particulier le juge Martin, a examiné plus amplement l'exception qui consiste à démontrer la prédisposition de l'accusé à l'aide de la preuve psychiatrique, dans les deux affaires suivantes: *R. c. McMillan*, précité, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824, et *R. c. Robertson*, précité.

R. v. McMillan involved an accused who was charged with the murder of his infant child and whose defence was that it was in fact his wife and not he who killed the child. The trial judge allowed the accused to call a psychiatrist who testified that the accused's wife had a psychopathic personality disturbance with brain damage. This psychiatric evidence showed that a third party, the accused's wife, was more likely to have committed the crime because of her abnormal personality/disposition. Martin J.A., speaking for the Court, found that disposition to commit a crime is generally relevant since it goes to the probability/propensity of the person doing or not doing the act charged. He then referred to *R. v. Lupien*, at p. 169, as creating the following exception:

One of the exceptions to the general rule that the character of the accused, in the sense of disposition, when admissible, can only be evidenced by general reputation, relates to the admissibility of psychiatric evidence where the particular disposition or tendency in issue is characteristic of an abnormal group, the characteristics of which fall within the expertise of the psychiatrist.

After having noted the applicability of *R. v. Lupien*, Martin J.A. engaged in a lengthy discussion of the exception and in fact extended *R. v. Lupien*. This extension, at pp. 173-75 of *R. v. McMillan*, was affirmed by the Supreme Court of Canada:

I do not consider that, because the crime under consideration was not one that could only be committed by a person with a special or abnormal propensity, psychiatric evidence with respect to Mrs. McMillan's disposition, was, therefore, inadmissible, in the circumstances of this case.

All evidence to be admissible must, of course, be relevant to some issue in the case. Psychiatric evidence with respect to the personality traits or disposition of a person, whether of the accused or another, may be admissible for different purposes. While those purposes are not mutually exclusive, evidence which is relevant for one purpose may not be for another.

Dans l'affaire *R. c. McMillan*, l'accusé était inculpé du meurtre de son jeune enfant. Il plaidait que c'était en fait sa femme, et non lui, qui avait tué l'enfant. Le juge du procès a permis à l'accusé d'appeler un psychiatre qui a témoigné que l'épouse de l'accusé souffrait d'un trouble psychopathique de la personnalité et de lésions cérébrales. Cette preuve psychiatrique a démontré qu'un tiers, l'épouse de l'accusé, était plus susceptible d'avoir commis le crime en raison de sa personnalité et de sa prédisposition toutes deux anormales. Exprimant l'opinion de la Cour, le juge Martin a conclu que la prédisposition à commettre un crime est généralement pertinente puisqu'en ce qui concerne la perpétration de l'acte reproché, elle vise la propension et la probabilité. Il a ensuite indiqué que l'arrêt *R. c. Lupien*, à la p. 169, créait l'exception suivante:

[TRADUCTION] L'une des exceptions à la règle générale suivant laquelle, lorsqu'elle est admissible, la moralité de l'accusé (dans le sens de la prédisposition) ne peut être démontrée que par la preuve de la réputation générale, porte sur l'admissibilité de la preuve psychiatrique lorsque la prédisposition ou la propension en question est propre à un groupe anormal, dont les caractéristiques relèvent de l'expertise du psychiatre.

Après avoir noté l'applicabilité de cet arrêt, le juge Martin a longuement analysé l'exception et il a en fait élargi la portée de l'arrêt *R. c. Lupien*. Cette expansion, aux pp. 173 à 175 de l'arrêt *R. c. McMillan*, a été confirmée par la Cour suprême du Canada:

[TRADUCTION] Je ne considère pas que, du fait qu'il ne s'agit pas d'un crime qui n'aurait pu être commis que par une personne dotée d'une propension particulière ou anormale, la preuve psychiatrique relative à la prédisposition de Mme McMillan était par conséquent inadmissible dans les circonstances de l'espèce.

Pour être admissible, toute preuve doit évidemment être pertinente relativement à certaines questions soulevées dans l'affaire. La preuve psychiatrique relative aux traits de caractère ou à la prédisposition d'une personne, qu'il s'agisse ou non de l'accusé, peut être admissible à différentes fins. Si ces fins ne sont pas mutuellement exclusives, la preuve pertinente quant à une fin peut ne pas l'être quant à une autre.

Psychiatric evidence with respect to the personality traits or disposition of an accused, or another, is admissible provided:

- (a) the evidence is relevant to some issue in the case;
- (b) the evidence is not excluded by a policy rule;
- (c) the evidence falls within the proper sphere of expert evidence.

One of the purposes for which psychiatric evidence may be admitted is to prove identity when that is an issue in the case, since psychical as well as physical characteristics may be relevant to identify the perpetrator of the crime.

Where the offence is of a kind that is committed only by members of an abnormal group, for example, offences involving homosexuality, psychiatric evidence that the accused did or did not possess the distinguishing characteristics of that abnormal group is relevant either to bring him within, or to exclude him from, the special class of which the perpetrator of the crime is a member. In order for psychiatric evidence to be relevant for that purpose, the offence must be one which indicates that it was committed by a person with an abnormal propensity or disposition which stamps him as a member of a special and extraordinary class.

Psychiatric evidence with respect to the personality traits or disposition of the accused, or another, if it meets the three conditions of admissibility above set out, is also admissible, however, as bearing on the *probability* of the accused, or another, having committed the offence.

It would appear that it was upon this latter ground that the psychologist's evidence was held to be admissible in *Lowery v. The Queen*, *supra*, although the features of the offence in that case were sufficiently indicative of the possession of an abnormal propensity by the perpetrator, that the expert evidence might have been relevant to the issue of identity as well. Since in that case the evidence was offered by the accused King, it was not excluded by the policy rule which prevents the prosecution from introducing evidence to prove that the accused by reason of his criminal propensities is likely to have committed the crime charged. Both accused in *Lowery v. The Queen* had psychopathic personalities (although the features of King's psychopathic personality were

La preuve psychiatrique relative aux traits de caractère ou à la prédisposition d'une personne, qu'il s'agisse ou non de l'accusé, est admissible à trois conditions:

- a) la preuve est pertinente quant à une question soulevée dans l'affaire;
- b) la preuve n'est exclue par aucune règle de principe;
- c) la preuve entre dans le domaine de la preuve d'expert.

La preuve psychiatrique peut être admise entre autres pour établir l'identité lorsque cet élément est soulevé dans l'affaire, puisque des caractéristiques tant psychiques que physiques peuvent être pertinentes relativement à l'identification de l'auteur du crime.

Lorsque l'infraction est de celles qui sont commises uniquement par les membres d'un groupe anormal, par exemple les infractions relatives à l'homosexualité, la preuve psychiatrique que l'accusé possédait ou non les caractéristiques distinctives de ce groupe anormal est pertinente relativement à son inclusion dans la catégorie particulière dont l'auteur du crime fait partie, ou à son exclusion. Pour que la preuve psychiatrique soit pertinente quant à cette fin, l'infraction doit indiquer qu'elle a été commise par un individu doté d'une propension ou d'une prédisposition anormale qui le désigne comme faisant partie d'une catégorie spéciale et extraordinaire.

Si elle satisfait aux trois conditions d'admissibilité énoncées ci-dessus, la preuve psychiatrique relative aux traits de caractère ou à la prédisposition d'une personne, qu'il s'agisse ou non de l'accusé, est toutefois également admissible comme portant sur la *probabilité* que l'accusé ou une autre personne ait commis l'infraction en cause.

Il semble que ce soit pour ce dernier motif que le témoignage du psychologue a été jugé admissible dans l'arrêt *Lowery c. The Queen*, précité, bien que les caractéristiques de l'infraction dans cette affaire aient suffisamment indiqué une propension anormale de l'auteur du crime pour que la preuve d'expert ait pu être pertinente relativement à la question de l'identité également. Puisque dans cette affaire la preuve a été produite par l'accusé King, elle n'a pas été exclue par la règle de principe qui interdit à la poursuite d'introduire une preuve pour établir qu'en raison de sa propension criminelle, l'accusé est susceptible d'avoir commis le crime reproché. Les deux accusés dans l'affaire *Lowery c. The Queen* ayant des personnalités de psychopathes (bien que les caractéristiques de la personnalité psychopathe de King soient moins marquées que celles de

less severe than Lowery's) and hence their personality traits fell within the proper sphere of expert evidence.

Lowery), leurs traits de caractère entraient dans le domaine de la preuve d'expert.

Where the crime under consideration does not have features which indicate that the perpetrator was a member of an abnormal group, psychiatric evidence that the accused has a normal mental make-up but does not have a disposition for violence or dishonesty or other relevant character traits frequently found in ordinary people is inadmissible. The psychiatric evidence in the circumstances postulated is not relevant on the issue of identity to exclude the accused as the perpetrator any more than the possession of violent or dishonest tendencies by the accused or a third person would be admissible to identify the accused or the third person as the perpetrator of the crime.

"So common a characteristic is not a recognisable mark of the individual." (*Per Lord Sumner in Thompson v. Director of Public Prosecutions* (1918), 26 Cox C.C. 189 at p. 199.)

While such evidence is relevant as bearing on the probability of the accused having committed the crime, the psychiatric evidence proffered in such circumstances really amounts to an attempt to introduce evidence of the accused's good character, as a normal person, through a psychiatrist. Such evidence does not fall within the proper sphere of expert evidence and is subject to the ordinary rule applicable to character evidence which, in general, requires the character of the accused to be evidenced by proof of general reputation.

I leave open, until the question is required to be decided, whether when the crime is one assumed to be committed by normal persons, e.g., rape, psychiatric evidence is admissible to show that the accused is a member of an abnormal group, possessing characteristics which make it improbable that he committed the offence, e.g., that he is a homosexual with an aversion to heterosexual relations. I am disposed, however, to think that such evidence is admissible. [Emphasis in original.]

The evidence of the psychiatrist was held to be admissible.

Martin J.A. elaborated on the reasoning set out above in *R. v. Robertson, supra*. That case involved a 16-year-old accused charged with bru-

Lorsque le crime en cause ne présente aucune caractéristique indiquant que l'auteur faisait partie d'un groupe anormal, la preuve psychiatrique que l'accusé a une constitution mentale normale, mais qu'il n'a pas de prédisposition à la violence ou à la malhonnêteté ou d'autres traits de caractère pertinents que possèdent fréquemment les personnes ordinaires, est inadmissible. Dans les circonstances énoncées, la preuve psychiatrique n'est pas plus pertinente relativement à la question de l'identité en vue de déterminer que l'accusé n'est pas l'auteur du crime que ne serait admissible la preuve que l'accusé ou un tiers a une tendance violente ou malhonnête en vue de déterminer que l'accusé ou le tiers est l'auteur du crime.

«Une caractéristique si courante ne constitue pas une marque reconnaissable de l'individu.» (Les motifs de lord Sumner dans l'arrêt *Thompson c. Director of Public Prosecutions* (1918), 26 Cox C.C. 189, à la p. 199.)

Si une telle preuve est pertinente parce qu'elle porte sur la probabilité que l'accusé ait commis le crime, la preuve psychiatrique produite dans de telles circonstances équivaut réellement à une tentative d'introduire une preuve de la bonne moralité de l'accusé, comme une personne normale, par l'entremise d'un psychiatre. Une telle preuve n'entre pas dans le domaine de la preuve d'expert. Elle est assujettie à la règle ordinaire en matière de preuve de moralité qui, en général, requiert que la moralité de l'accusé soit démontrée au moyen de la preuve de sa réputation générale.

Je laisse ouverte, jusqu'à ce qu'elle doive être tranchée, la question de savoir, lorsqu'un crime, comme le viol, est présumé être commis par des personnes normales, si la preuve psychiatrique est admissible pour établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal possédant des caractéristiques en raison desquelles il est peu probable qu'il ait commis l'infraction, comme le fait qu'il soit un homosexuel ayant une aversion pour les relations hétérosexuelles. Je suis toutefois disposé à penser qu'une telle preuve est admissible. [En italique dans l'original.]

Le témoignage du psychiatre a été jugé admissible.

Le juge Martin a commenté le raisonnement énoncé ci-dessus dans l'arrêt *R. c. Robertson*, précité, où l'accusé de 16 ans était inculpé d'avoir tué

tally murdering a nine-year-old girl by kicking her. The defence sought to introduce expert psychiatric evidence to show that a propensity for violence or aggression was not a part of the accused's psychological make-up. This tended to rebut evidence led by the Crown as to the accused's violent character. Martin J.A. summed up, at p. 426:

While the judgment of Ritchie, J., deals only with the admissibility of psychiatric evidence with respect to disposition in offences involving homosexuality, there would appear to be no logical reason why such evidence should not be admitted on the same principle in other cases where there is evidence tending to show that, by reason of the nature of the offence, or its distinctive features, its perpetrator was a person who, in the language of Lord Sumner, was a member of "a specialized and extraordinary class", and whose psychological characteristics fall within the expertise of the psychiatrist, for the purpose of showing that the accused did not possess the psychological characteristics of persons of that class. Obviously, where such evidence is adduced by the accused, the prosecution is entitled to call psychiatric evidence in order to rebut the evidence introduced by the defence.

In my view, however, the judgment of Ritchie, J., in *R. v. Lupien, supra*, provides no support for a conclusion that, in the case of ordinary crimes of violence, psychiatric evidence is admissible to prove that the accused's psychological make-up does not include a tendency or disposition for violence.

Martin J.A. further stated, at pp. 429-30:

In my view, psychiatric evidence with respect to disposition or its absence is admissible on behalf of the defence, if relevant to an issue in the case, where the disposition in question constitutes a characteristic feature of an abnormal group falling within the range of study of the psychiatrist, and from whom the jury can, therefore, receive appreciable assistance with respect to a matter outside the knowledge of persons who have not made a special study of the subject. A mere disposition for violence, however, is not so uncommon as to constitute a feature characteristic of an abnormal group falling within the special field of study of the psychiatrist and permitting psychiatric evidence to be given of the absence of such disposition in the accused. [Emphasis in original.]

brutalement à coups de pied une fille de neuf ans. La défense avait tenté d'introduire une preuve psychiatrique d'expert pour démontrer que la constitution psychologique de l'accusé n'indiquait aucune propension à la violence ou à l'agression. Cette preuve visait à réfuter la preuve introduite par le ministère public au sujet de la nature violente de l'accusé. Le juge Martin a résumé à la p. 426:

[TRADUCTION] Si les motifs du juge Ritchie ne portent que sur l'admissibilité de la preuve psychiatrique relative à la prédisposition à commettre des infractions relatives à l'homosexualité, il ne paraît exister aucune raison logique de ne pas admettre une telle preuve en se fondant sur le même principe dans d'autres affaires où la preuve tend à démontrer qu'en raison de la nature de l'infraction ou de ses caractéristiques distinctives, son auteur faisait partie, dans les termes de lord Sumner, d'une «catégorie spéciale et extraordinaire», dont les caractéristiques psychologiques relèvent du domaine d'expertise du psychiatre, dans le but de démontrer que l'accusé ne possédait pas les caractéristiques psychologiques propres aux personnes de cette catégorie. De toute évidence, lorsqu'une telle preuve est produite par l'accusé, la poursuite peut produire une preuve psychiatrique pour la réfuter.

À mon avis, toutefois, l'opinion du juge Ritchie dans *R. c. Lupien*, précité, n'offre aucun appui à la conclusion que, dans le cas de crimes ordinaires de violence, la preuve psychiatrique est admissible pour démontrer que la constitution psychologique de l'accusé n'inclut aucune tendance ou prédisposition à la violence.

Le juge Martin a ajouté aux pp. 429 et 430:

[TRADUCTION] À mon avis, la preuve psychiatrique relative à la prédisposition ou à son absence est admissible pour le compte de la défense si elle est pertinente relativement à une question soulevée dans l'affaire, lorsque la prédisposition en question constitue un élément caractéristique d'un groupe anormal qui entre dans le domaine d'étude du psychiatre, et duquel le jury peut donc recevoir une aide appréciable à l'égard d'une question qui se situe à l'extérieur de la connaissance des personnes qui n'ont pas étudié le sujet. Une simple prédisposition à la violence n'est toutefois pas inhabituelle au point de constituer un élément caractéristique d'un groupe anormal qui entre dans le domaine particulier d'étude du psychiatre et qui permet que la preuve psychiatrique de l'absence d'une telle prédisposition chez l'accusé soit produite. [En italique dans l'original.]

Given this reasoning, Martin J.A. concluded that the crime was not specially marked and so the conditions for the admissibility of psychiatric evidence were not met.

A useful summary of the principles that emerge from the cases is made by Alan W. Mewett, "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, at pp. 35-36, of his article where he points out the various contexts in which an accused can tender character evidence by way of an expert:

There are thus three basic requirements that must be met before such psychiatric evidence can even be considered as potentially admissible. First, it must be relevant to an issue. Second, it must be of appreciable assistance to the trier of fact and third, it must be evidence that would otherwise be unavailable to the ordinary layman without specialized training, but these requirements only set forth the general requirements for the admissibility of expert testimony.

Once these hurdles have been passed, a number of different scenarios may be postulated. The crime may be an "ordinary" one (which I take to mean a crime for which no special mental characteristics on the part of the perpetrator would be required) and the accused is an "ordinary" person; the crime may be an "ordinary" one, but the accused an "extraordinary" person (*i.e.*, having some peculiar mental make-up that would tend to show that he would not commit that "ordinary" crime); the crime may be "extraordinary", but the accused "ordinary"; or the crime may be "extraordinary" and the accused "extraordinary", in a different direction.

In the first scenario, the evidence is irrelevant because it is simply not probative of anything. In the second it is probative and admissible but only if the extraordinary characteristic of the accused tends to show that he would not commit an ordinary crime of that nature (such as a homosexual being charged with a heterosexual offence). In the third, if it is shown that the crime is such that it could only, or in all probability would only, be committed by a person having identifiable peculiarities that the accused does not possess, it would be admissible. In the last scenario, the situation is the same provided that the difference in the abnormalities tends to exclude the accused from the probable group of perpetrators.

Suivant ce raisonnement, le juge Martin a conclu que le crime n'était pas spécialement marqué, et que les conditions d'admissibilité de la preuve psychiatrique n'étaient donc pas remplies.

Alan W. Mewett, dans un article intitulé «Character as a Fact in Issue in Criminal Cases» (1984-85), 27 *Crim. L.Q.* 29, aux pp. 35 et 36, résume utilement les principes qui ressortent de la jurisprudence. Il souligne les différents contextes dans lesquels un accusé peut produire une preuve de moralité par l'entremise d'un expert:

[TRADUCTION] Il faut donc satisfaire à trois exigences fondamentales pour que la preuve psychiatrique puisse même être considérée comme peut-être admissible. Premièrement, elle doit être pertinente relativement à une question en litige. Deuxièmement, elle doit apporter une aide appréciable au juge des faits et troisièmement, elle ne pourrait être obtenue autrement par le profane ordinaire qui ne possède aucune formation spécialisée. Ces conditions ne font toutefois qu'énoncer les exigences générales d'admissibilité du témoignage d'expert.

Une fois surmontés ces obstacles, différents scénarios peuvent être posés. Le crime peut être «ordinaire» (ce qui à mon avis signifie un crime pour lequel aucune caractéristique mentale particulière ne serait requise chez l'auteur du crime) et l'accusé, une personne «ordinaire»; le crime peut être «ordinaire», et l'accusé, une personne «extraordinaire» (c'est-à-dire que sa constitution mentale particulière tendrait à démontrer qu'il ne commettrait pas ce crime «ordinaire»); le crime peut être extraordinaire, mais l'accusé «ordinaire»; ou le crime et l'accusé peuvent tous deux être «extraordinaires», dans un sens différent.

Dans le premier scénario, la preuve n'est pas pertinente parce qu'elle ne prouve simplement rien. Dans le second, elle n'est probante et admissible que si la caractéristique extraordinaire de l'accusé tend à établir qu'il ne commettrait pas un crime ordinaire de cette nature (comme l'homosexuel accusé relativement à une infraction de nature hétérosexuelle). Dans le troisième, s'il est démontré que le crime est tel qu'il ne pourrait être ou, selon toutes les probabilités, ne serait commis que par une personne ayant des caractéristiques identifiables que l'accusé ne possède pas, elle serait admissible. Dans le dernier scénario, la situation est identique, pour autant que la différence entre les éléments anormaux tende à exclure l'accusé du groupe probable d'auteurs.

I question whether use of the terms "abnormal" and "normal" is the best way to describe the concept that underlies their use. The term "abnormal" is derived from the English cases in which it usually connotes the mental state of insanity or diminished responsibility. See *R. v. Chard, supra*, at p. 270. The basic rationale of these cases is that "normal" human behaviour is a matter which a judge or jury can assess without the assistance of expert evidence. Canadian cases have extended the exception to include what has been described as sexually deviant behaviour. See Rosemary Pattenden, "Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia", [1986] *Crim. L.R.* 92, at p. 100. The rationale underlying this extension is the relevance of the evidence based on the distinctiveness of the behavioural traits of either the putative perpetrator of the crime or the accused. This distinctiveness tends to exclude the accused from the category of persons that could or would likely commit the crime.

There are other reasons why the use of the term "abnormal" is no longer satisfactory. Even in medical circles there are differing views as to what constitutes abnormality. See Pattenden, *supra*, at p. 100, and David C. Rimm and John W. Sommervill, *Abnormal Psychology* (1977), at pp. 31 and 32. Moreover, it imports a value judgment on the lifestyle of some groups in society. This is aptly illustrated by considering the statement of Lord Sumner in *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, at p. 235:

The evidence tends to attach to the accused a peculiarity which, though not purely physical, I think may be recognized as properly bearing that name. Experience tends to show that these offences against nature connote an inversion of normal characteristics which, while demanding punishment as offending against social morality, also partake of the nature of an abnormal physical property. A thief, a cheat, a coiner, or a house-breaker is only a particular specimen of the genus rogue, and, though no doubt each tends to keep to his own line of business, they all alike possess the by no means extraordinary mental characteristic that they propose somehow to get their livings dishonestly. So common a

Je me demande si les termes «anormal» et «normal» sont la meilleure façon de décrire le concept qui sous-tend leur utilisation. Le terme «anormal» découle des affaires survenues en Angleterre, et dans lesquelles il dénote ordinairement l'état mental d'aliénation mentale ou de responsabilité amoindrie. Voir l'arrêt *R. c. Chard*, précité, à la p. 270. Selon le raisonnement qui sous-tend ces affaires, le comportement humain «normal» est une question que le juge ou le jury peut apprécier sans l'aide de la preuve d'expert. Au Canada, on a étendu l'exception pour y inclure ce qui a été qualifié de comportement sexuel déviant. Voir Rosemary Pattenden, «Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia», [1986] *Crim. L.R.* 92, à la p. 100. Cet élargissement est motivé par la pertinence de la preuve fondée sur le caractère distinctif des traits de comportement soit de l'auteur putatif du crime, soit de l'accusé. Ce caractère distinctif tend à exclure l'accusé de la catégorie de personnes qui pourraient commettre le crime ou qui seraient susceptibles de le commettre.

Il existe d'autres raisons pour lesquelles l'utilisation du terme «anormal» n'est plus satisfaisante. Même dans les milieux médicaux, il existe des opinions contradictoires quant à ce qui constitue l'anormalité. Voir Pattenden, *op. cit.*, à la p. 100, et David C. Rimm et John W. Sommervill, *Abnormal Psychology* (1977), aux pp. 31 et 32. En outre, le terme en question implique un jugement de valeur sur le style de vie de certains groupes de la société. Cela est bien illustré dans la déclaration de lord Sumner dans l'arrêt *Thompson c. The King*, [1918] A.C. 221, à la p. 235:

[TRADUCTION] La preuve tend à attacher à l'accusé une caractéristique qui, bien que n'étant pas purement physique, peut, à mon avis, être reconnue comme portant à juste titre ce nom. L'expérience tend à démontrer que ces infractions contraires à la nature dénotent une inversion de caractéristiques normales qui, bien qu'elles commandent une punition parce qu'elles offensent la moralité sociale, tiennent également d'une propriété physique anormale. Le voleur, le tricheur, le faux monnayeur ou le cambrioleur n'est qu'un modèle particulier du genre escroc, et bien qu'il ne fasse pas de doute que chacun tend à s'en tenir à son propre domaine, ils possèdent tous la caractéristique mentale aucunement extraor-

characteristic is not a recognizable mark of the individual. Persons, however, who commit the offences now under consideration seek the habitual gratification of a particular perverted lust, which not only takes them out of the class of ordinary men gone wrong, but stamps them with the hall-mark of a specialized and extraordinary class as much as if they carried on their bodies some physical peculiarity.

The difficulty in defining what is abnormal was recently referred to by McCarthy J.A. in *R. v. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254. At pages 256-57, speaking for the court, he stated:

What dispositions are to be classified as abnormal, as outside ordinary human experience, for the purpose of admitting psychiatric evidence may be a difficult question. A disposition for sadism is clearly abnormal. Dispositions for violence (short of sadism or something akin thereto), or for dishonesty, are clearly too common to be classified as abnormal. In sexual offences, classification is less easy. However, it seems to me that, whether it be called pedophilia or something else, a disposition in an adult to use boys of 10 and 11 for sexual gratification must be classified as abnormal. Accordingly, in the present case, psychiatric evidence is admissible to show that Garfinkle does not have such a disposition.

In my opinion, the term "distinctive" more aptly defines the behavioural characteristics which are a pre-condition to the admission of this kind of evidence.

How should the criteria for the admission of this type of evidence be applied? I find the following statement of Professor Mewett, *supra*, at p. 36, to be an apt characterization of the nature of the decision which the trial judge must make:

The categorization of crimes into the "ordinary" and the "extraordinary" is therefore a legal question to be determined by the judge, as is the "normality" or "abnormality" of the accused — to the despair, no doubt, of psychiatrists. But admissibility of evidence is a legal question and depends primarily upon relevance, that is, upon its

dinaire qu'ils se proposent d'une façon ou d'une autre de gagner leur vie malhonnêtement. Une caractéristique si courante ne constitue pas une marque reconnaissable de l'individu. Toutefois, les auteurs des infractions qui sont en cause en l'espèce recherchent la gratification habituelle d'une certaine luxure perversie, qui non seulement les exclut de la catégorie des hommes ordinaires qui se sont écartés du droit chemin, mais indique également qu'ils appartiennent à une catégorie spéciale et extraordinaire, tout autant que si leur corps était marqué par un trait physique particulier.

La difficulté à déterminer ce qui est anormal a récemment été mentionnée par le juge McCarthy de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Garfinkle* (1992), 15 C.R. (4th) 254. Aux pages 256 et 257, s'exprimant au nom de la cour, il a déclaré:

[TRADUCTION] La question de savoir quelles prédispositions doivent être qualifiées d'anormales, d'étrangères à la nature humaine ordinaire, dans le but d'admettre la preuve psychiatrique, peut être difficile à trancher. Une prédisposition au sadisme est manifestement anormale. Les prédispositions à la violence (sauf le sadisme ou quelque chose de semblable) ou à la malhonnêteté sont manifestement trop communes pour être qualifiées d'anormales. Les infractions sexuelles sont plus difficiles à classer. Toutefois, qu'on l'appelle pédophilie ou autre, il me semble que la prédisposition chez un adulte à utiliser des garçons de 10 et 11 ans pour obtenir une gratification sexuelle doit être qualifiée d'anormale. En conséquence, en l'espèce, la preuve psychiatrique est admissible pour démontrer que Garfinkle n'a pas une telle prédisposition.

À mon avis, le terme «distinctif» définit mieux les caractéristiques de comportement qui sont une condition préalable à l'admission de cette forme de preuve.

Comment les critères d'admission de cette preuve devraient-ils être appliqués? À mon avis, les propos suivants du professeur Mewett, précité, à la p. 36, qualifient bien la nature de la décision que le juge du procès doit prendre:

[TRADUCTION] La classification des crimes comme «ordinaires», ou «extraordinaires», est donc une question de droit, comme l'est la «normalité» ou l'«anormalité» de l'accusé — au désespoir, sans doute, des psychiatres. Mais, l'admissibilité de la preuve est une question de droit et dépend principalement de sa perti-

assistance to the trier of fact in his inference-drawing process, and this is governed, not by expertise, but by common sense and experience; words like "ordinary", "extraordinary" or "abnormal" are not meant to be scientific expressions but assessments of relevance and are thus clearly within the domain of the judge.

Before an expert's opinion is admitted as evidence, the trial judge must be satisfied, as a matter of law, that either the perpetrator of the crime or the accused has distinctive behavioural characteristics such that a comparison of one with the other will be of material assistance in determining innocence or guilt. Although this decision is made on the basis of common sense and experience, as Professor Mewett suggests, it is not made in a vacuum. The trial judge should consider the opinion of the expert and whether the expert is merely expressing a personal opinion or whether the behavioural profile which the expert is putting forward is in common use as a reliable indicator of membership in a distinctive group. Put another way: Has the scientific community developed a standard profile for the offender who commits this type of crime? An affirmative finding on this basis will satisfy the criteria of relevance and necessity. Not only will the expert evidence tend to prove a fact in issue but it will also provide the trier of fact with assistance that is needed. Such evidence will have passed the threshold test of reliability which will generally ensure that the trier of fact does not give it more weight than it deserves. The evidence will qualify as an exception to the exclusionary rule relating to character evidence provided, of course, that the trial judge is satisfied that the proposed opinion is within the field of expertise of the expert witness.

(3) *Application to This Case*

I take the findings of the trial judge to be that a person who committed sexual assaults on young women could not be said to belong to a group possessing behavioural characteristics that are sufficiently distinctive to be of assistance in identifying the perpetrator of the offences charged. Moreover,

nence, c'est-à-dire de l'aide qu'elle apporte au juge des faits en lui permettant de tirer des conclusions. Cette question repose non pas sur l'expertise, mais sur le bon sens et l'expérience; des mots tels «ordinaire», «extraordinaire» ou «anormal» ne sont pas destinés à être des expressions scientifiques, mais plutôt des appréciations de la pertinence. Par conséquent ils relèvent clairement du domaine du juge.

Avant d'admettre en preuve l'opinion d'un expert, le juge du procès doit être convaincu, en droit, que l'auteur du crime ou l'accusé possède des caractéristiques de comportement distinctives de sorte que la comparaison de l'un avec l'autre aidera considérablement à déterminer l'innocence ou la culpabilité. Bien que cette décision repose sur le bon sens et l'expérience, comme le professeur Mewett l'indique, elle n'est pas prise dans le vide. Le juge du procès devrait considérer, d'une part, l'opinion de l'expert et, d'autre part, si ce dernier exprime simplement une opinion personnelle ou si le profil de comportement qu'il décrit est couramment utilisé comme indice fiable de l'appartenance à un groupe distinctif. En d'autres termes, la profession scientifique a-t-elle élaboré un profil type du délinquant qui commet ce genre de crime? Une conclusion affirmative sur ce fondement satisfera aux critères de pertinence et de fiabilité. Non seulement la preuve d'expert tendra à prouver un fait en litige, mais elle offrira aussi au juge des faits l'aide dont il a besoin. Une telle preuve aura satisfait au critère préliminaire de la fiabilité qui fera généralement en sorte que le juge des faits ne lui accorde pas plus de poids qu'elle ne le mérite. La preuve sera considérée comme une exception à la règle d'exclusion relative à la preuve de moralité à condition bien sûr que le juge du procès soit convaincu que l'opinion exprimée se situe dans le domaine d'expertise du témoin expert.

(3) *Application à l'espèce*

À mon sens, le juge du procès a conclu qu'on ne peut dire de la personne qui a commis des agressions sexuelles sur de jeunes femmes qu'elle appartient à un groupe possédant des caractéristiques de comportement suffisamment distinctives pour faciliter l'identification de l'auteur des infrac-

the fact that the alleged perpetrator was a physician did not advance the matter because there is no acceptable body of evidence that doctors who commit sexual assaults fall into a distinctive class with identifiable characteristics. Notwithstanding the opinion of Dr. Hill, the trial judge was also not satisfied that the characteristics associated with the fourth complaint identified the perpetrator as a member of a distinctive group. He was not prepared to accept that the characteristics of that complaint were such that only a psychopath could have committed the act. There was nothing to indicate any general acceptance of this theory. Moreover, there was no material in the record to support a finding that the profile of a pedophile or psychopath has been standardized to the extent that it could be said that it matched the supposed profile of the offender depicted in the charges. The expert's group profiles were not seen as sufficiently reliable to be considered helpful. In the absence of these *indicia* of reliability, it cannot be said that the evidence would be necessary in the sense of usefully clarifying a matter otherwise unaccessible, or that any value it may have had would not be outweighed by its potential for misleading or diverting the jury. Given these findings and applying the principles referred to above, I must conclude that the trial judge was right in deciding as a matter of law that the evidence was inadmissible.

The Court of Appeal also supported the admissibility of the evidence on the basis that Dr. Hill's evidence tended to rebut alleged similarities between the evidence on the respective counts. On this point, Finlayson J.A. stated at p. 178:

Where, as here, the Crown alleges that the probative value of the similar fact evidence arises from the circumstance that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence, the defence is equally entitled to lead evidence as to features of the alleged acts which demonstrate dissimilarities . . .

tions reprochées. En outre, le fait que l'auteur allégué du crime est un médecin n'a pas facilité la question parce qu'il n'existe aucune preuve acceptable indiquant que les médecins qui commettent des agressions sexuelles tombent dans une catégorie distinctive à laquelle se rattachent des caractéristiques identifiables. En dépit de l'opinion du Dr Hill, le juge du procès n'était pas non plus convaincu que les caractéristiques reliées à la quatrième plainte identifiaient l'auteur comme membre d'un groupe distinctif. Il n'était pas disposé à accepter que les caractéristiques de cette plainte étaient telles que seul un psychopathe pouvait avoir commis l'acte. Rien ne démontre que cette théorie soit généralement acceptée. Par ailleurs, aucun document dans le dossier ne permettait de conclure que le profil du pédophile ou du psychopathe a été normalisé au point où on pourrait soutenir qu'il correspond au profil présumé du délinquant décrit dans les accusations. Les profils de groupes décrits par l'expert n'ont pas été considérés suffisamment fiables pour être utiles. En l'absence d'indices de fiabilité, on ne pouvait pas dire que la preuve serait nécessaire au sens où elle clarifierait utilement une question qui serait autrement inaccessible, ou que la valeur qu'elle pourrait avoir ne serait pas surpassée par la possibilité qu'elle induise le jury en erreur ou le détourne de ses tâches. Compte tenu de ces conclusions, et appliquant les principes mentionnés ci-dessus, je dois conclure que le juge du procès a conclu à juste titre que, du point de vue juridique, la preuve était inadmissible.

La Cour d'appel avait aussi conclu à l'admissibilité de la preuve pour le motif que le témoignage du Dr Hill tendait à réfuter les similitudes alléguées entre la preuve relative aux divers chefs. À cet égard, le juge Finlayson a dit à la p. 178:

[TRADUCTION] Lorsque, comme en l'espèce, le ministère public allègue que la valeur probante de la preuve de faits similaires naît du fait que les actes comparés sont si inhabituels et d'une similitude si frappante que cette similitude ne peut être attribuée à la coïncidence, la défense a elle aussi le droit de produire une preuve relative aux caractéristiques des actes allégués qui démontrent des différences . . .

The judgment of the Court of Appeal was not supported on this ground either in the respondent's factum or in the oral argument.

The use to which the jury could put the evidence was explained by the trial judge in his charge to the jury. The key passage in the charge in this respect was the following:

If you conclude when considering any of the specific counts that evidence relating to any or all of the other counts is so similar that common sense dictates the relevancy of such evidence to one or more of the issues I mentioned earlier, then you may not must, draw the inferences to which I have referred. [Emphasis added.]

The similarities, which were detailed by the judge, were with respect to the *modus operandi* of the perpetrator of the acts which were the subject of the individual counts. No objection was taken to this aspect of the charge. This use of the similar fact evidence relates to a different issue from the subject matter of the proposed evidence of Dr. Hill. As discussed above, the dissimilarities addressed in Dr. Hill's proposed evidence are not as to *modus operandi* but rather with respect to the comparative psychological make-up of the respondent on the one hand and the alleged perpetrator of the acts charged, on the other. Furthermore, whether a crime is committed in a manner that identifies the perpetrator by reason of striking similarities in the method employed in the commission of other acts is something that a jury can, generally, assess without the aid of expert evidence. As stated by the trial judge, it is a matter of common sense.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, restore the convictions and remit the matter to the Court of Appeal for disposition of the sentence appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Le jugement de la Cour d'appel n'a pas été appuyé à cet égard ni dans le mémoire de l'intimé, ni dans les débats.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a expliqué l'utilisation que le jury pouvait faire de la preuve. Le passage clé de l'exposé à cet égard est le suivant:

[TRADUCTION] Si vous déterminez, après avoir considéré un des chefs d'accusation, que la preuve relative à un ou à l'ensemble des autres chefs est semblable au point que le bon sens commande la pertinence d'une telle preuve quant à l'une ou plusieurs questions que j'ai mentionnées précédemment, vous pouvez alors tirer les conclusions que j'ai mentionnées. [Je souligne.]

Les similitudes, expliquées par le juge, portaient sur le *modus operandi* de l'auteur des actes qui étaient l'objet de chefs spécifiques. Aucune objection n'a été soulevée sur cet aspect de l'exposé. Cette utilisation de la preuve de faits similaires porte sur une question différente de l'objet du témoignage proposé du Dr Hill. Comme cela est indiqué plus haut, les différences dont traitait la preuve proposée par le Dr Hill ne concernaient pas le *modus operandi* mais plutôt la constitution psychologique du requérant comparée à celle de l'auteur des actes allégués. En outre, la question de savoir si le crime est commis d'une manière qui identifie l'auteur, en raison de similitudes frappantes dans la méthode utilisée pour perpétrer d'autres actes, peut être appréciée en général par un jury sans l'aide de la preuve d'expert. Comme le juge du procès l'a dit, c'est une question de bon sens.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel, de rétablir les déclarations de culpabilité et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle tranche l'appel de la sentence.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

*Solicitors for the respondent: Greenspan,
Humphrey, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Greenspan, Humphrey,
Toronto.*

The Attorney General of Canada Appellant

v.

The Attorney General of British Columbia Respondent

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); *AN ACT RESPECTING THE VANCOUVER ISLAND RAILWAY* (RE)

File No.: 22758.

1993: December 2; 1994: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — British Columbia Terms of Union — Vancouver Island railway — Whether Canada owes British Columbia constitutional obligation to ensure operation of train service between Victoria and Nanaimo — British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, Term 11 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, preamble, schedule — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14, preamble.

Railways — Discontinuance of passenger-train services — Vancouver Island railway — Whether Canada has authority under Railway Act or National Transportation Act, 1987 to discontinue passenger-train service between Victoria and Nanaimo — Whether special federal legislation necessary — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 3(1)(b), 7 — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

Le procureur général du Canada Appelant

c.

Le procureur général de la Colombie-Britannique Intimé

RÉPERTORIÉ: COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); *ACTE CONCERNANT LE CHEMIN DE FER DE L'ÎLE DE VANCOUVER* (RE)

N° du greffe: 22758.

1993: 2 décembre; 1994: 5 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique — Chemin de fer de l'île de Vancouver — Le Canada a-t-il envers la Colombie-Britannique une obligation constitutionnelle de garantir l'exploitation du service de trains entre Victoria et Nanaimo? — Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), App. II, n° 10, art. 11 — Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, préambule, annexe — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14, préambule.

Chemins de fer — Suppression de services de trains de voyageurs — Chemin de fer de l'île de Vancouver — Le Canada a-t-il le pouvoir en vertu de la Loi sur les chemins de fer ou de la Loi de 1987 sur les transports nationaux de supprimer le service de trains de voyageurs entre Victoria et Nanaimo? — Une loi spéciale fédérale est-elle nécessaire? — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 3(1)b), 7 — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

Statutes — Agreement in schedule — Statutory ratification and confirmation of scheduled agreement — Whether agreement incorporated into statute — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

Railways — Discontinuance of passenger-train services — Federal agency order for non-discontinuance of passenger-train service not reconsidered within five years as prescribed by railway legislation — Whether Governor in Council had jurisdiction under s. 64 of National Transportation Act, 1987 to vary order after five-year period — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 268(2).

When British Columbia joined Confederation in 1871, Canada agreed, pursuant to Term 11 of the *British Columbia Terms of Union*, to commence within two years, construction of a railway connecting the “seaboard of British Columbia with the railway system of Canada” and to complete the railway within ten years. In return, British Columbia agreed to convey to Canada a contiguous strip of land on Vancouver Island and on the mainland to secure the development of the railway. Delays in the construction of the railway led to negotiations and to a settlement in 1883, which was in turn ratified and embodied in both federal (“Dominion Act”) and provincial (“Provincial Act”) legislation. Under the terms of the 1883 settlement, British Columbia confirmed and renewed the grant of contiguous land along the Island rail corridor. In turn, Canada agreed to contribute \$750,000 toward the cost of constructing the Esquimalt to Nanaimo line and to convey the granted lands to the contractors that would build the line. Canada then entered into a contract with the Dunsmuir railway syndicate, which agreed to construct the railway line and “continuously and in good faith operate the same”. The Dunsmuir Agreement was ratified by, and attached as a schedule to, the Dominion Act. The line from Esquimalt to Nanaimo was completed in 1886 and extended to Victoria. The Dunsmuir Agreement was performed by the E & N Railway Co., which was purchased by the CPR in 1905. In the same year, Parliament passed a statute declaring the railway to be a work for the general advantage of Canada (“1905 Declaratory Act”). Anticipating the extension of the railway line to Courtenay, British Columbia passed a statute in 1912 exempting the extension lands from taxes. In the sched-

Législation — Convention annexée — Ratification et confirmation législatives d’une convention annexée — La convention fait-elle partie de la loi en question? — Acte concernant le chemin de fer de l’Île de Vancouver, le bassin de radoub d’Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

Chemins de fer — Suppression de services de trains de voyageurs — L’ordonnance de maintien du service de trains de voyageurs, rendue par l’organisme fédéral, n’a pas été réexaminée dans le délai de cinq ans prescrit par la loi en matière de chemins de fer — Le gouverneur en conseil avait-il compétence en vertu de l’art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux pour modifier cette ordonnance après le délai de cinq ans? — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 268(2).

Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, le Canada s’est engagé, conformément à l’art. 11 des *Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique*, à faire commencer, dans les deux années de l’adhésion, la construction d’un chemin de fer pour relier «la côte maritime de la Colombie Britannique au réseau des chemins de fer canadiens», et à faire achever ce chemin de fer dans un délai de dix ans. En contrepartie, la Colombie-Britannique s’est engagée à céder une bande de terre avoisinante sur l’île de Vancouver et sur le continent pour garantir l’aménagement du chemin de fer. Des retards dans la construction du chemin de fer ont donné lieu à des négociations et à une convention en 1883, laquelle convention a, à son tour, été ratifiée et incorporée dans les lois fédérale («Loi fédérale») et provinciale («Loi provinciale»). En vertu des conditions de la Convention fédérale-provinciale de 1883, la Colombie-Britannique confirmait et renouvelait la concession de terres avoisinantes le long de la ligne de chemin de fer sur l’île. Le Canada, quant à lui, s’engageait à verser 750 000 \$ pour la construction d’un chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo et à transférer les terres cédées aux entrepreneurs qui construiraient ce chemin de fer. Le Canada a ensuite conclu un contrat avec le consortium ferroviaire Dunsmuir qui s’est engagé à construire la ligne de chemin de fer et «sans interruption et de bonne foi [à] exploiter le dit chemin». La convention Dunsmuir a été ratifiée dans la Loi fédérale et annexée à cette loi. La ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo a été achevée en 1886 et prolongée jusqu’à Victoria. La convention Dunsmuir a été exécutée par la Compagnie E & N qui, en 1905, a été achetée par le CP. Au cours de la même année, le Parle-

uled agreement to the 1912 Act, the E & N Railway Co. agreed to construct and "continuously operate" the extension. Pursuant to s. 2 of the 1912 Act, the provisions of the schedule formed an integral part of the Act. The extension was completed in 1914.

Following an application by the CPR, the Canadian Transport Commission ("CTC") declared in April 1984 that the Victoria to Courtenay passenger-train service was uneconomic but directed that service on the line not be discontinued. Pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the Governor in Council varied the CTC order in October 1989, ordering the termination of the Victoria-Courtenay passenger-train service. Upon a petition by the province, the British Columbia Supreme Court granted a declaration that Canada has a perpetual constitutional obligation to maintain the rail service on the Victoria-Nanaimo portion of the railway. The Nanaimo-Courtenay portion, however, was expressly excluded from the declaration. In 1990, the Governor in Council revoked part of the 1989 Order-in-Council and amended the CTC order again, ordering the termination of the passenger-train service only between Nanaimo and Courtenay. In a second petition, the province challenged the validity of the 1990 Order-in-Council. The British Columbia Supreme Court declared that it was made without jurisdiction by reason of the failure of the National Transportation Agency ("NTA"), the CTC's successor, to conduct a review of the CTC order within five years, as contemplated by s. 268(2) of the *Railway Act*. The court found that the effect of a failure to review within the five-year period was to terminate the CPR's application to discontinue the service. After April 1989, there was therefore no order in existence upon which the jurisdiction of the Governor in Council under s. 64(1) of the *National Transportation Act, 1987* could be founded. Both petition judgments were appealed. The Court of Appeal upheld the constitutional declaration in effect, although a continuing rather than a perpetual obligation on the part of Canada to ensure operation of rail service was recognized. The court also held that the

ment a adopté une loi déclarant le chemin de fer entreprise à l'avantage général du Canada («Loi déclaratoire de 1905»). En prévision du prolongement de la ligne de chemin de fer jusqu'à Courtenay, la Colombie-Britannique a adopté, en 1912, une loi ayant pour effet d'exempter d'impôt les terres visées par le prolongement. Dans la convention annexée à la Loi de 1912, la Compagnie E & N s'engageait à construire et à «exploiter sans interruption» le prolongement. Conformément à l'art. 2 de la Loi de 1912, les dispositions de la convention annexée faisaient partie intégrante de la Loi. Le prolongement a été achevé en 1914.

À la suite d'une demande du CP, la Commission canadienne des transports («CCT») a déclaré en avril 1984 que le service de trains de voyageurs entre Victoria et Courtenay n'était pas rentable, mais elle a ordonné le maintien du service de trains sur cette ligne. Conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le gouverneur en conseil a, en octobre 1989, modifié l'ordonnance de la CCT et ordonné la suppression du service de trains de voyageurs entre Victoria et Courtenay. À la suite d'une requête de la province, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu un jugement déclarant que le Canada avait, en vertu de la Constitution, une obligation perpétuelle de maintenir le service ferroviaire sur la portion de la ligne de chemin de fer entre Victoria et Nanaimo. La partie entre Nanaimo et Courtenay a toutefois été expressément exclue du jugement déclaratoire. En 1990, le gouverneur en conseil a révoqué une partie du décret de 1989 et modifié de nouveau l'ordonnance de la CCT, en ordonnant la suppression du service de trains de voyageurs entre Nanaimo et Courtenay seulement. Dans une deuxième requête, la province a contesté la validité du décret de 1990. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré que ce décret avait été pris en l'absence de compétence du fait que l'Office national des transports («ONT»), qui a succédé à la CCT, n'avait pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance de la CCT, prescrit par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. La cour a conclu que l'omission de procéder à l'examen dans le délai de cinq ans avait pour effet d'annuler la demande de suppression de service présentée par le CP. Après avril 1989, il n'existait plus aucune ordonnance justifiant le gouverneur en conseil d'exercer sa compétence en vertu du par. 64(1) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Les deux jugements sur requête ont fait l'objet d'un appel. La Cour d'appel a confirmé le jugement déclaratoire mais elle a reconnu que le Canada avait une obligation continue plutôt que perpétuelle de garantir l'exploitation du service ferro-

1990 Order-in-Council was *ultra vires* the Governor in Council.

Held (Lamer C.J. and McLachlin J. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Constitutional Issue*

Canada does not owe a constitutional obligation to British Columbia in respect of the operation of the Victoria to Nanaimo Vancouver Island rail line. Although constitutional terms must be capable of growth, constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question. The wording of Term 11 is clear on its face and imposed only an obligation of construction on Canada, not an obligation of operation. Since there is no suggestion in the language of Term 11 that Canada has a continuing constitutional obligation to operate the Island rail line, British Columbia cannot assert that such an obligation, located in another instrument which is not itself constitutional, somehow attained constitutional status. Indeed, while the 1883 arrangements were an important way of implementing Term 11 and were the culmination of a nation-building effort, such arrangements could not create obligations of a constitutional kind unless those obligations were already specifically envisioned by the language of Term 11. To assert otherwise is to suggest that British Columbia and Canada, acting alone in 1883, could agree upon, and give effect to, a constitutional amendment. Prior to 1949, constitutional amendments required the participation of the Imperial Parliament, since the *Constitution Act, 1867* was an Act of that Parliament. Further, not all acts of nation building attain constitutional status. The 1883 arrangements resolved a constitutional dispute, but that resolution was part constitutional, part political. The principal constitutional part was the implementation of Term 11 obligations through the resolution of land-grant issues. The political part was anything not specifically contemplated by the language of Term 11. Accordingly, if an obligation on behalf of Canada to operate the Vancouver Island rail line arose in 1883, that obligation resulted only from a political compromise intended to resolve a constitutional impasse. Finally, the case law in no way interferes with the conclusion that Canada has

viaire. La cour a aussi conclu que le décret de 1990 excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil.

Arrêt (le juge en chef Lamer et le juge McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *La question constitutionnelle*

Le Canada n'a pas, en vertu de la Constitution, une obligation envers la Colombie-Britannique relativement à l'exploitation de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo. Bien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d'évoluer, l'interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l'examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause. Le texte de l'art. 11 est clair à première vue et impose au Canada seulement une obligation de construire et non d'exploiter. Puisque le texte de l'art. 11 ne laisse aucunement entendre que le Canada a une obligation constitutionnelle continue d'exploiter la ligne ferroviaire de l'île, la Colombie-Britannique ne saurait soutenir qu'une telle obligation, formulée dans un autre instrument qui n'est pas lui-même constitutionnel, a d'une manière ou d'une autre acquis un statut constitutionnel. En fait, bien que les arrangements de 1883 aient constitué une façon importante de mettre en œuvre l'art. 11 et aient été l'aboutissement d'efforts de création d'un pays, ils ne pouvaient pas créer des obligations de nature constitutionnelle, sauf si elles étaient déjà spécifiquement envisagées par le texte de l'art. 11. Prétendre le contraire revient à soutenir que la Colombie-Britannique et le Canada pouvaient, en 1883, s'entendre unilatéralement sur une modification de la Constitution et la mettre à exécution. Avant 1949, les modifications de la Constitution nécessitaient la participation du Parlement impérial puisque la *Loi constitutionnelle de 1867* était une loi de ce parlement. De plus, tous les actes de création d'un pays n'acquiescent pas forcément un statut constitutionnel. Les arrangements de 1883 ont réglé un différend en matière constitutionnelle, mais ce règlement était en partie de nature constitutionnelle et en partie de nature politique. Le volet constitutionnel principal était la mise à exécution des obligations prévues à l'art. 11 par le règlement des questions de concession de terres. Le volet politique comprenait tout ce qui n'était pas spécifiquement envisagé par l'art. 11. Par conséquent, si le Canada avait, en 1883, l'obligation d'exploiter la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver, cette obligation émanait seulement d'un compromis politique destiné à résoudre une impasse constitutionnelle. Enfin, la jurisprudence ne va nullement à l'encontre de la conclusion que le Canada n'a envers la Colombie-Britannique aucune obligation cons-

no constitutional obligation in respect of the operation of the Victoria to Nanaimo Vancouver Island rail line.

(2) *Statutory Interpretation Issue*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The Dunsmuir Agreement, which contains an undertaking to "continuously" operate the railway, was not given statutory force as part of the Dominion Act, a federal "special Act" which prevails over inconsistent provisions in the *Railway Act* by virtue of s. 3(1)(b) of the latter Act. In order to make an agreement scheduled to an Act a part of the Act itself, it is not sufficient to find words in the statute merely confirming and validating the agreement; rather, words in the statute must be found which demonstrate that the agreement was intended to have statutory force. All the tools of statutory interpretation can be called in aid to determine whether incorporation is intended. Here, the Dominion Act simply confirmed and ratified the Dunsmuir Agreement and did nothing more. Further, the fact that Parliament passed an Act in 1886 to alter curve radius requirements in the Agreement does not indicate that the Agreement was given statutory force by the Dominion Act. The 1886 Act was necessary to continue the Governor in Council's supervisory authority given by s. 2 of the Dominion Act over the amended version of the Agreement. Additionally, in establishing that curves of a particular radius could be accepted by the Governor in Council with the consent of the province, the 1886 Act may have had the unique purpose of achieving a form of federal/provincial cooperation. Finally, s. 4 of the 1905 Declaratory Act, which specifically maintained certain rights and liabilities arising out of the Provincial Act, did not operate to preserve any operational obligations apparent in the latter Act.

Although the scheduled agreement to the 1912 Act — a provincial "special Act" — was "apparently" given statutory force by s. 2 of that Act, the "continuous operation" provision contained in the schedule did not take effect notwithstanding the *Railway Act* by virtue of s. 7 of the latter Act. In 1912, British Columbia was not competent to legislate in respect of the Island rail line's operation. Having obtained jurisdiction over the line by virtue of the 1905 Declaratory Act, Canada had the exclusive ability to legislate in such a fashion. British Columbia was competent to exact a contractual promise of continuous operation from the E & N Railway Co. and this promise could receive statutory authorization in

titutionnelle relativement à l'exploitation de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo.

a (2) *La question d'interprétation législative*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: La convention Dunsmuir, qui contient un engagement d'exploiter «sans interruption» le chemin de fer, ne s'est pas vu conférer force de loi en tant que partie de la Loi fédérale, laquelle est une «loi spéciale» fédérale qui l'emporte sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur les chemins de fer* en vertu de l'al. 3(1)b) de cette dernière loi. Pour qu'une entente annexée à une loi fasse partie de la loi elle-même, il ne suffit pas de trouver dans la loi des termes qui ne font que confirmer et valider cette entente; il faut plutôt trouver dans la loi des termes qui démontrent qu'on a voulu conférer force de loi à cette entente. On peut utiliser tous les outils d'interprétation législative pour déterminer si l'on a voulu incorporer une entente donnée dans une loi. En l'espèce, la Loi fédérale a simplement ratifié et confirmé la convention Dunsmuir, sans plus. De plus, l'adoption par le Parlement en 1886 d'une loi modifiant les exigences en matière de rayon de courbure prévues à la Convention n'indique pas que la Loi fédérale a conféré force de loi à la Convention. La Loi de 1886 était nécessaire pour maintenir le pouvoir de surveillance que l'art. 2 de la Loi fédérale conférait au gouverneur en conseil sur la version modifiée de la Convention. En outre, en prévoyant que les courbes d'un rayon donné pouvaient être acceptées par le gouverneur en conseil avec le consentement de la province, la Loi de 1886 peut avoir eu pour objet unique de réaliser une sorte de coopération fédérale-provinciale. Enfin, l'art. 4 de la Loi déclaratoire de 1905, qui maintenait explicitement certains droits et certaines responsabilités découlant de la Loi provinciale, n'avait pas pour effet de préserver toute obligation d'exploiter qui ressortait de la Loi provinciale.

b Bien que l'art. 2 de la Loi de 1912, qui est une «loi spéciale» provinciale, ait «apparemment» conféré force de loi à la convention qui y était annexée, la disposition relative à l'«exploitation sans interruption» contenue dans l'annexe ne s'appliquait pas nonobstant la *Loi sur les chemins de fer*, en vertu de l'art. 7 de cette loi. En 1912, la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour légiférer relativement à l'exploitation du chemin de fer de l'île. Étant donné que la Loi déclaratoire de 1905 lui avait conféré compétence sur cette ligne, le Canada avait la capacité exclusive de légiférer à cet égard. La Colombie-Britannique était compétente pour exiger de la Compagnie E & N une promesse contractuelle d'ex-

the 1912 Act, but the promise could not be elevated to the status of a statutory obligation by that Act. It is trite law that the *Railway Act* definition of "special Acts" encompasses only *intra vires* provisions of such Acts.

Since the "special Act" exemption in the *Railway Act* has no application in this case, Parliament need not enact special legislation to order the discontinuance of passenger-train service on the Vancouver Island railway between Victoria and Nanaimo; reliance may instead be placed on the termination provisions of the *Railway Act* or s. 64 of the *National Transportation Act*, 1987.

Per Lamer C.J. (dissenting): When seeking to ascertain the meaning of a particular ratifying provision, one should not differentiate between mere "validation" and "incorporation into a statute" simply by looking at the words of the legislative provision which refers to the contract. The overall context and the aims pursued by the legislator must be taken into account. Here, the general context which led to the Dunsmuir Agreement and the nature of the duties contained therein strongly suggest that the provisions of the Agreement were given statutory force by the Dominion Act and, therefore, prevail over the inconsistent provisions of the *Railway Act*. First, the duty to "continuously" operate the railway found in the Agreement is more in the nature of a public duty, in the sense that it is owed to the public in general and not only to the other party to the contract. The public nature of the duty is the indication of an intent to incorporate the Agreement into the Dominion Act and thus to give it statutory force. Second, where statutes are enacted to give effect to a constitutional settlement, courts should not give them a narrow interpretation allowing one party to modify unilaterally the terms of the settlement. To do so would foster distrust between governments. It is clear that the Dunsmuir Agreement was part of the constitutional settlement between British Columbia and Canada. While it is a document distinct from the federal-provincial agreement, its provisions are so intertwined with the provisions of the latter that it should not be regarded as some sort of accessory agreement between Canada and a private company. Finally, the fact that Parliament chose in 1886 to pass an Act to modify the Dunsmuir Agreement further demonstrates

exploitation sans interruption et cette promesse pouvait être autorisée dans la Loi de 1912; cependant, cette loi ne pouvait pas conférer le statut d'obligation légale à la promesse en question. Il est bien établi en droit que la définition de l'expression «loi spéciale» dans la *Loi sur les chemins de fer* vise seulement les dispositions *intra vires* de ces lois.

Puisque l'exemption de la «loi spéciale» prévue dans la *Loi sur les chemins de fer* ne s'applique pas en l'espèce, le Parlement n'a pas besoin d'adopter une loi spéciale pour ordonner la suppression du service de trains de voyageurs sur l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo; au lieu de cela, il peut invoquer les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer* ou l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*.

Le juge en chef Lamer (dissident): Pour déterminer le sens d'une disposition de ratification particulière, on ne devrait pas distinguer la «simple validation» de «l'incorporation dans la loi» en tenant compte uniquement du texte de la disposition législative qui renvoie au contrat. Il faut prendre en considération le contexte général et les objets visés par le législateur. Ici, le contexte général dans lequel s'inscrivait la convention Dunsmuir et la nature des obligations qu'elle imposait donnent fortement à entendre que la Loi fédérale a conféré force de loi aux dispositions de la Convention et que celles-ci l'emportent sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur les chemins de fer*. En premier lieu, l'obligation d'exploiter la ligne sans interruption, que l'on trouve dans la Convention, tient d'avantage de la nature d'une obligation publique, en ce sens qu'il s'agit d'une obligation envers le public en général et non seulement envers l'autre partie au contrat. La nature publique de l'obligation est une indication de l'intention d'incorporer la Convention dans la Loi fédérale et, par conséquent, de lui donner force de loi. En second lieu, dans les cas où des lois ont été adoptées pour mettre à exécution un règlement constitutionnel, les tribunaux ne devraient pas leur donner une interprétation stricte permettant à une partie de modifier unilatéralement les conditions du règlement. Cela favoriserait la méfiance entre les gouvernements. Il est clair que la convention Dunsmuir faisait partie du règlement constitutionnel intervenu entre la Colombie-Britannique et le Canada. Bien qu'il s'agisse d'un document distinct de la convention fédérale-provinciale, ses dispositions sont si étroitement liées aux dispositions de cette dernière qu'il ne devrait pas être considéré comme un genre de convention accessoire entre le Canada et une société privée. Enfin, le fait que le Parlement a décidé en 1886 d'adopter une loi modifiant la convention Dunsmuir constitue une autre

that it was of the view that the Agreement had been incorporated into the Dominion Act.

(3) *Administrative Issue*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The Governor in Council had the authority under s. 64 of the *National Transportation Act, 1987* to vary the CTC order, despite the fact that no review occurred within five years, as contemplated by s. 268(2) of the *Railway Act*. The Governor in Council has a vast discretion under s. 64 to vary a CTC or NTA order and the s. 64 power can be exercised at any time if such an order exists. Here, there was a valid and subsisting order at the time of the 1990 Order-in-Council. An order not to discontinue service made pursuant to s. 268(2) does not lapse in the event that a review of the application for discontinuance does not occur within five years. Under s. 268(2), the NTA is not required to reconsider its continuation order within five years; the NTA is only required to reconsider the application for discontinuance which originally led to that order. There is thus nothing in s. 268(2) to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years. The silence of the *Railway Act* with respect to the term of the order suggests that the order will persist as issued until varied or set aside. The CTC order is consistent with this interpretation of s. 268(2). It was not limited in time, nor do its terms suggest that failure to conduct a review of the application to discontinue will affect its persistence. These comments are sufficient to dispose of the third issue.

Alternatively, the word "shall" in s. 268(2) of the *Railway Act* is directory and not mandatory in its effect. There are significant adverse consequences associated with finding that s. 268(2) is mandatory in respect of applications to discontinue. If, at the end of a five-year period, such an application automatically expired, a straightforward reading of the *Railway Act* leads to the conclusion that the railway company would be obliged by law to continue to operate the uneconomic service, but would lose the benefit of the subsidy which Parliament intended it to receive. To demand continued operation in the absence of otherwise available subsidy support is to deny the economic reality of the situation. The "mandatory" label is thus associated with an eventuality to be avoided. That eventuality is seriously inconvenient. Hardship would result from the operation of the

preuve qu'il estimait que cette convention avait été incorporée dans la Loi fédérale.

(3) *La question de droit administratif*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le gouverneur en conseil pouvait, en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, modifier l'ordonnance de la CCT même si l'examen quinquennal prévu au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* n'avait pas été fait. Le gouverneur en conseil possède, en vertu de l'art. 64, un vaste pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de la CCT ou un arrêté de l'ONT, et ce pouvoir peut être exercé à tout moment si une ordonnance ou un arrêté existe. En l'espèce, il existait encore un arrêté valide au moment du décret de 1990. Une ordonnance de maintien du service, rendue conformément au par. 268(2), ne devient pas caduque dans l'éventualité où un examen de la demande de suppression du service n'a pas lieu dans un intervalle de cinq ans. En vertu du par. 268(2), l'ONT n'est pas tenu de réexaminer son ordonnance de maintien dans les cinq ans; l'ONT n'a qu'à réexaminer la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance. En conséquence, le par. 268(2) ne laisse aucunement entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans. Le fait que la *Loi sur les chemins de fer* ne précise pas la durée de l'ordonnance porte à croire qu'elle demeure en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou annulée. L'ordonnance de la CCT est compatible avec cette interprétation du par. 268(2). Elle n'était pas de durée limitée et elle ne laissait pas entendre que l'omission d'examiner la demande de suppression de service allait en compromettre le maintien. Ces commentaires suffisent pour trancher la troisième question.

Subsidiairement, l'indicatif présent (*shall* en anglais) employé au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* a un effet directif et non impératif. D'importantes conséquences négatives résultent de la conclusion que le par. 268(2) est une disposition impérative en ce qui concerne les demandes de suppression de service. Si une demande prend fin automatiquement après cinq ans, une interprétation simple de la *Loi sur les chemins de fer* amène à conclure que la compagnie de chemin de fer serait légalement tenue de continuer d'exploiter le service non rentable, mais perdrait le bénéfice de la subvention que le législateur avait l'intention de lui accorder. Ce serait nier la réalité économique de la situation que d'exiger le maintien de l'exploitation en l'absence de subventions par ailleurs disponibles. Par conséquent, l'étiquette «impératif» est associée à une éventualité à éviter. Cette

statute itself and can be identified without independent evidence. Mandamus is not available to compel the NTA to reconsider the application to discontinue within the five-year period. Until this period expires, the s. 268(2) prescription has not been contravened.

Per Lamer C.J. and McLachlin J. (dissenting): The 1990 Order-in-Council, made pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act*, 1987, was *ultra vires* by reason of the NTA's failure to reconsider the CTC order within the five-year period prescribed by s. 268(2) of the *Railway Act*. Under s. 268(2), it is not possible to sever the application for discontinuance of an uneconomic passenger-train service from the order which follows and to devote the s. 268(2) reconsideration only to the former. To do so would be inconsistent with the scheme of the *Railway Act* and the wording of the section. It would also render the process of reconsideration meaningless since the only purpose of this process is to reconsider the decision that the uneconomic railway should continue to operate in light of current circumstances. In so far as one does so, one is considering the order. The CTC order was thus subject to a reconsideration within five years. The duty of reconsideration under s. 268(2) is mandatory and the NTA's failure to conduct a reconsideration within the time allotted by the Act has rendered the CTC order null and void. This result does not work serious general inconvenience to the railway company. The obligation to run the railway would continue, as it did before the railway's application for discontinuance. No case has been made that the subsidies that compensate the railway company for operating an uneconomic service would be affected, so hardship on that ground cannot be claimed. It was also open to the railway company to move to have the NTA reconsider the application within the five-year period or to bring a new application upon the expiry of that period.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87, rev'g [1948] S.C.R. 403, rev'g B.C.C.A., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, June 10, 1947, published in *B.C. Gazette*, June 19, 1947, at 1885;

éventualité constitue un grave inconvénient. Un préjudice découlerait de l'application de la Loi elle-même et ce préjudice peut être décelé sans une preuve indépendante. On ne peut recourir au mandamus pour contraindre l'ONT à réexaminer la demande de suppression de service dans le délai de cinq ans. Il n'y a pas contravention à ce que prescrit le par. 268(2) avant l'expiration de ce délai.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin (dissidents): Le décret de 1990, pris conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, était *ultra vires* du fait que l'ONT n'a pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance de la CCT, prescrit par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. Aux termes de ce paragraphe, il n'est pas possible de dissocier la demande de suppression d'un service non rentable de trains de voyageurs de l'ordonnance qui suit, et de ne faire porter le réexamen prévu au par. 268(2) que sur la demande. Une telle dissociation serait incompatible avec l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* et le texte de la disposition en cause. Elle ferait perdre tout son sens au processus de réexamen puisque ce processus a pour unique objet de réviser la décision de maintenir l'exploitation du chemin de fer non rentable compte tenu des circonstances existantes. Dans la mesure où l'on examine cette décision, on examine l'ordonnance. L'ordonnance de la CCT était donc assujettie à un réexamen quinquennal. Le réexamen visé au par. 268(2) est impératif et l'omission de l'ONT de l'effectuer dans le délai prescrit par la Loi a rendu nulle et sans effet l'ordonnance de la CCT. Cela ne cause pas d'inconvénients généraux graves à la compagnie de chemin de fer. L'obligation d'exploiter le chemin de fer serait maintenue, comme c'était le cas avant que la compagnie ferroviaire demande l'autorisation d'en cesser l'exploitation. On n'a pas fait valoir que les subventions que la compagnie de chemin de fer reçoit pour compenser l'exploitation d'un service non rentable seraient touchées, de sorte qu'on ne saurait se fonder sur ce motif pour alléguer l'existence d'un préjudice. Il était aussi loisible à la compagnie ferroviaire de demander à l'ONT de réexaminer la demande dans le délai de cinq ans ou de faire une nouvelle demande à l'expiration de ce délai.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés: *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87, inf. [1948] R.C.S. 403, inf. C.A.C.-B., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, 10 juin 1947, publié dans *B.C. Gazette*, 19 juin 1947, à

Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada (1889), 14 App. Cas. 295, rev'g (1887), 14 S.C.R. 345; **disapproved:** *Melville (City of) v. Attorney General of Canada*, [1983] 2 F.C. 123; **referred to:** *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island*, [1978] 1 F.C. 533; *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 1 F.C. 129; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *McGregor v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462; *Burrard Power Co. v. The King*, [1911] A.C. 87; *Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105; *Winnipeg v. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282; *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Kelner v. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112; *Karavos v. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17; *Williamson v. Fisher*, [1934] O.W.N. 543; *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. v. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465; *Pacific Investments Ltd. v. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (S.C.T.D.), aff'd (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (S.C.A.D.).

By McLachlin J. (dissenting)

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada, [1980] 2 S.C.R. 735; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Melville (City of) v. Attorney General of Canada*, [1982] 2 F.C. 3 (T.D.), rev'd [1983] 2 F.C. 123 (C.A.); *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98.

By Lamer C.J. (dissenting)

Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa, [1945] S.C.R. 105; *Caledonian Railway*

la p. 1885; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295, inf. (1887), 14 R.C.S. 345; **arrêt critiqué:** *Melville (City of) c. Procureur général du Canada*, [1983] 2 C.F. 123; **arrêts mentionnés:** *La Reine du chef du Canada c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1978] 1 C.F. 533; *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. c. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General of Ontario c. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 1 C.F. 129; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *McGregor c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462; *Burrard Power Co. c. The King*, [1911] A.C. 87; *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105; *Winnipeg c. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282; *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Kelner c. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98; *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. ex rel. Anderson c. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112; *Karavos c. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17; *Williamson c. Fisher*, [1934] O.W.N. 543; *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. c. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465; *Pacific Investments Ltd. c. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (C.S. 1^{re} inst.), conf. par (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (C.S. Sect. app.).

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada, [1980] 2 R.C.S. 735; *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Melville (City of) c. Procureur général du Canada*, [1982] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), inf. par [1983] 2 C.F. 123 (C.A.); *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa, [1945] R.C.S. 105; *Caledonian Railway*

Co. v. Greenock and Wemyss Bay Railway Co. (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347; *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533; *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352.

Co. c. Greenock and Wemyss Bay Railway Co. (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347; *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533; *Manchester Ship Canal Co. c. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352.

Statutes Cited

Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1883, c. 14 [rep. S.B.C. 1884, c. 14], preamble, clause (e).
Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14, preamble, clauses (a.), (b.), (c.), (d.), (e.), (k.), ss. 1, 7, 8, 9, 17, 22, 27.
Act respecting the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, S.C. 1905, c. 90, ss. 1, 4.
Act respecting the Railway from Esquimalt to Nanaimo, in British Columbia, S.C. 1886, c. 15, s. 1.
Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, preamble, clauses (a), (b), (c), (d), (e), (k), ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 13, Schedule, clauses 3 and 9.
Act to repeal the "Esquimalt and Nanaimo Railway Act, 1875", S.B.C. 1882, c. 16.
British Columbia Terms of Union (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10), Term 11.
British North America (No. 2) Act, 1949 (U.K.), 13 Geo. 6, c. 81 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 33) [rep. *Constitution Act, 1982*, s. 53(1)].
Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, Schedule B.
Constitution Act, 1867, ss. 92(10)(a), 146.
Constitution Act, 1930 (U.K.), 20 & 21 Geo. 5, c. 26 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26), s. 1, Schedule, Item (4).
Constitution Act, 1982, ss. 43, 52(2), 53(1), Schedule, Items 4, 6, 22.
Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, c. 33, s. 2, Schedule, clause 3.
National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64.
National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34, s. 64.
Prince Edward Island Terms of Union (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 12).

b Lois et règlements cités

Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1883, ch. 14 [abr. par S.B.C. 1884, ch. 14], préambule, clause e.).
Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14, préambule, clauses a.), b.), c.), d.), e.), k.), art. 1, 7, 8, 9, 17, 22, 27.
Act to repeal the «Esquimalt and Nanaimo Railway Act, 1875», S.B.C. 1882, ch. 16.
Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, S.C. 1905, ch. 90, art. 1, 4.
Acte concernant le chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, dans la Colombie-Britannique, S.C. 1886, ch. 15, art. 1.
Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, préambule, clauses (a.), (b.), (c.), (d.), (e.), (k.), art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 13, annexe, clauses 3 et 9.
Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2), 1949 (R.-U.), 13 Geo. 6, ch. 81 (reproduit dans L.R.C. (1985), App. II, n° 33) [abr. par *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 53(1)].
Acte des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 58, art. 6.
Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 12).
Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 10), art. 11.
Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, ch. 33, art. 2, annexe, clause 3.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a), 146.
Loi constitutionnelle de 1930 (R.-U.), 20 & 21 Geo. 5, ch. 26 (reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 26), art. 1, annexe, n° (4).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 43, 52(2), 53(1), annexe, nos 4, 6, 22.

Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2.

Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 2(1) "Special Act", 3(1), 7, 265, 266, 267, 268, 269, 270(1) [am. c. 28 (3rd Suppl.), s. 324], (2).

Railway Act, 1903, S.C. 1903, c. 58, s. 6.

Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, ch. 11, annexe B.

Loi nationale de 1987 sur les transports, L.C. 1987, ch. 34, art. 64.

^a *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64.

Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 2(1) «loi spéciale», 3(1), 7, 265, 266, 267, 268, 269, 270(1) [mod. ch. 28 (3^e suppl.), art. 324], (2).

^b *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2.

Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Papers in connection with the construction of the Canadian Pacific Railway between the Dominion, Imperial and Provincial governments* [Carnarvon Papers]. Victoria, B.C.: Legislative Assembly, 1880, 198.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

La Forest, Gérard Vincent. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

La Forest, Gérard Vincent. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Romaniuk, Bohdan S., and Hudson N. Janisch. "Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition" (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561.

Wade, William, Sir. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Doctrine citée

British Columbia. Legislative Assembly. *Papers in connection with the construction of the Canadian Pacific Railway between the Dominion, Imperial and Provincial governments* [Carnarvon Papers]. Victoria, B.C.: Legislative Assembly, 1880, 198.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

^d La Forest, Gérard Vincent. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

La Forest, Gérard Vincent. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

^e Romaniuk, Bohdan S., and Hudson N. Janisch. «Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition» (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561.

^f Wade, William, Sir. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114, allowing in part an appeal from judgments of Esson C.J.S.C. declaring that Canada has a perpetual obligation to maintain rail service between Victoria and Nanaimo (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61, and declaring that the order in council directing that passenger service be discontinued on the E & N Railway between Nanaimo and Courtenay was *ultra vires* the Governor in Council (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217. Appeal allowed, Lamer C.J. and McLachlin J. dissenting.

^j Eric A. Bowie, Q.C., Lewis E. Levy, Q.C., and John R. Haig, Q.C., for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114, qui a accueilli en partie un appel des jugements du juge en chef Esson déclarant que le Canada avait une obligation perpétuelle de maintenir le service ferroviaire entre Victoria et Nanaimo (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61, et que le décret ordonnant la suppression du service de trains de voyageurs sur la ligne E & N entre Nanaimo et Courtenay excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et le juge McLachlin sont dissidents.

Eric A. Bowie, c.r., Lewis E. Levy, c.r., et John R. Haig, c.r., pour l'appellant.

George H. Copley and Patrick O'Rourke, for the respondent.

George H. Copley et Patrick O'Rourke, pour l'intimé.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

LAMER C.J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleagues, Mr. Justice Iacobucci and Madam Justice McLachlin. I am in agreement with the reasons of Iacobucci J. as to the constitutional law issue. However, on the administrative law issue, I respectfully disagree with him and would adopt the reasons of McLachlin J. In addition, and with respect, I cannot agree with either of them on the statutory interpretation issue. For the reasons that follow, I believe that the provisions of the Dunsmuir Agreement were given statutory force by the *Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion*, S.C. 1884, c. 6 (*"Dominion Act"*). Therefore, they prevail over the inconsistent provisions of the present *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3. I come to this conclusion not by a strict analysis of the words of the *Dominion Act*, but by examining the general context which led to the Dunsmuir Agreement and the nature of the duties contained therein.

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Iacobucci et McLachlin. Je souscris aux motifs du juge Iacobucci en ce qui concerne la question de droit constitutionnel. Quant à la question de droit administratif, toutefois, je ne partage malheureusement pas son opinion et j'adopterais les motifs du juge McLachlin. De plus, en toute déférence, je ne saurais être d'accord avec ni l'un ni l'autre juge en ce qui concerne la question d'interprétation législative. Pour les motifs qui suivent, je crois que l'*Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884, ch. 6 (*«Loi fédérale»*) a donné force de loi aux dispositions de la convention Dunsmuir. Ces dernières l'emportent donc sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur les chemins de fer* actuelle, L.R.C. (1985), ch. R-3. Ma conclusion est fondée non pas sur une analyse stricte du texte de la *Loi fédérale*, mais sur l'examen du contexte général dans lequel s'inscrivait la convention Dunsmuir et de la nature des obligations qu'elle imposait.

Legislative Approval of Contracts

A government may enter into a contract and be bound by its terms, unless the contract is inconsistent with the terms of a statute or vitiated by the principles of contract law. To remove these constraints on the Crown's ability to contract, a legislature may give "legislative approval" to the terms of a particular contract. In the present case, it is not necessary to decide whether such legislative approval was required, because it was in fact given by s. 2 of the *Dominion Act*. As a result, we need only be concerned with the effects of the legislative approval given to the Dunsmuir Agreement.

§ Approbation législative des contrats

Un gouvernement peut passer un contrat et être lié par ses conditions, à moins que le contrat ne soit contraire aux dispositions d'une loi ou qu'il ne soit entaché d'un vice selon les principes du droit des contrats. Pour éliminer ces restrictions à la capacité de l'État de contracter, le législateur peut donner son «approbation législative» des conditions d'un contrat particulier. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si cette approbation législative était requise, parce que, en fait, elle a été donnée par l'art. 2 de la *Loi fédérale*. Nous n'avons donc qu'à nous préoccuper des effets de l'approbation législative de la convention Dunsmuir.

There is no fixed formula for legislative approval of contracts. Sometimes, words such as "ratified", "confirmed", "validated", "given effect to" are used. In some cases, the statute states that the parties shall have the rights mentioned in the contract, or that they shall perform the duties set out in it. In other cases, there is specific language such as "the contract shall have the force of law". When faced with such "ratifying Acts", courts have distinguished between agreements which were given statutory force (i.e., were incorporated into a statute), and those which were not given such force. The validity of contracts which are simply approved (i.e., which are not given statutory force) cannot be challenged for lack of authority, lack of privity, and other reasons which might render the contracts void. "Incorporated" contracts have the additional feature of being assimilated to statutes. For instance, they may create duties for third parties that possibly cannot be created by contracts which are simply validated by a legislature, even though I need not decide this issue now. This distinction is generally accepted in the Canadian, English and Australian jurisprudence: *Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105; *Caledonian Railway Co. v. Greenock and Wemyss Bay Railway Co.* (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347 (H.L.); and *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1, at p. 77.

Although this distinction between simple validation and incorporation into a statute may be useful to help determine what the effects of any given statutory approval scheme are, it may give rise to confusion if it is used as a device by which to bypass an analysis of Parliament's intent in approving a particular contract. Differentiating between "mere validation" and "incorporation into the statute" should not be done by simply looking at the words of the legislative provision which refers to the contract. The overall context and the aims pursued by Parliament may, and indeed must, be taken into account when one seeks to ascertain the meaning of a particular ratifying provision.

Aucune formule constante ne s'applique à l'approbation législative des contrats. Parfois, des mots comme «ratifié», «confirmé», «validé», «mis en vigueur» sont employés. Dans certains cas, la loi dit que les parties ont les droits qui sont mentionnés dans le contrat, ou qu'elles doivent s'acquitter des obligations énoncées dans celui-ci. Dans d'autres cas, elle prévoit expressément que «le contrat aura force de loi». Les tribunaux qui ont eu à examiner ces «lois de ratification» ont fait une distinction entre les contrats auxquels on donnait force de loi (c.-à-d. ceux qui étaient incorporés dans une loi), et ceux auxquels on ne donnait pas force de loi. La validité des contrats qui sont simplement approuvés (c.-à-d. ceux auxquels on ne donne pas force de loi) ne peut pas être contestée pour absence de capacité et pour d'autres motifs susceptibles de rendre nuls les contrats. Les contrats «incorporés» présentent la particularité additionnelle d'être assimilés à des lois. Par exemple, ils peuvent créer pour des tiers des obligations que des contrats qui sont simplement validés par le législateur ne sont peut-être pas susceptibles de créer, quoique je n'aie pas à trancher cette question maintenant. Cette distinction est généralement acceptée dans la jurisprudence canadienne, anglaise et australienne: *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105; *Caledonian Railway Co. c. Greenock and Wemyss Bay Railway Co.* (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347 (H.L.), et *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1, à la p. 77.

Bien que cette distinction entre la simple validation et l'incorporation dans une loi puisse nous aider à déterminer les effets d'un régime légal d'approbation donné, elle peut prêter à confusion si l'on s'en sert pour éviter d'analyser l'intention qu'avait le Parlement en approuvant un contrat particulier. On ne devrait pas distinguer la «simple validation» de «l'incorporation dans la loi» en tenant compte uniquement du texte de la disposition législative qui renvoie au contrat. Le contexte général et les objets visés par le Parlement peuvent et, en fait, doivent être pris en considération pour déterminer le sens d'une disposition de ratification particulière. Tel est le point de vue adopté par la

This was the approach of the Federal Court of Appeal in *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533. Indeed, the narrow issue of whether the Dunsmuir Agreement was actually incorporated or not in the statute must not be allowed to obscure the real question, i.e., whether Parliament intended to make the 1883-1884 constitutional settlement subject to unilateral modification by the federal executive acting alone. In my opinion, Parliament had no such intention. I have come to this conclusion upon examining the historical context of the *Dominion Act*.

The Context of the 1884 *Dominion Act*

Two elements strike me as being most important in deciding whether Parliament intended to give statutory force to the Dunsmuir Agreement in the *Dominion Act*.

Firstly, the duty to operate continuously which was imposed upon the Esquimalt & Nanaimo Railway Company in the Dunsmuir Agreement was not a duty owed simply to the federal government with which there was privity of contract. It was more in the nature of a public duty, benefitting all British Columbians and other potential users of the railway. Generally speaking, contracts create duties between the parties to them, while legislation creates duties for categories of persons who have not consented to its enactment. When a statutorily approved contract contains duties of such a public nature, in the sense that they are owed to the public in general and not only to the other party to the contract, it may be inferred that Parliament intended to give statutory force to these promises by incorporating the agreement into the statute, and not that it intended merely to validate the contract. For instance, in *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, Farwell J., in concluding that a certain agreement appended to a statute had been given statutory force, noted, at p. 362:

Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533. En fait, on ne doit pas laisser la question stricte de savoir si la convention Dunsmuir a réellement été incorporée dans la loi embrouiller la véritable question qui est de savoir si le Parlement a voulu rendre le règlement constitutionnel de 1883-1884 sujet à des modifications unilatérales par le pouvoir exécutif fédéral. À mon avis, telle n'était pas l'intention du Parlement. Je suis arrivé à cette conclusion en examinant le contexte historique de la *Loi fédérale*.

Le contexte de la *Loi fédérale* de 1884

À mon avis, deux éléments sont particulièrement importants lorsqu'il s'agit de décider si, dans la *Loi fédérale*, le Parlement a voulu donner force de loi à la convention Dunsmuir.

En premier lieu, l'obligation d'exploiter la ligne sans interruption, que la convention Dunsmuir a imposée à la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, n'était pas une obligation que la compagnie avait simplement envers le gouvernement fédéral avec qui elle avait un lien de droit contractuel. Cette obligation tenait davantage de la nature d'une obligation publique, pour le bénéfice de tous les habitants de la Colombie-Britannique et des autres usagers potentiels du chemin de fer. De manière générale, les contrats créent des obligations entre les parties qui les ont passés, alors que la loi crée des obligations à l'égard de catégories de personnes qui n'ont pas consenti à son adoption. Lorsqu'un contrat qui est approuvé par une loi prévoit des obligations de nature publique, en ce sens qu'il s'agit d'obligations envers le public en général et non seulement envers l'autre partie au contrat, on peut déduire que le Parlement a voulu donner force de loi à ces promesses en incorporant la convention dans la loi, et qu'il n'a pas simplement voulu valider le contrat. Par exemple, dans l'arrêt *Manchester Ship Canal Co. c. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, le juge Farwell fait remarquer, à la p. 362, en concluant qu'une certaine convention annexée à une loi s'était vu conférer force de loi:

The parties might waive the agreement between themselves for their own benefit. They could not waive the statutory duty imposed upon them, if it were a duty imposed for the benefit of the public at large.

Similarly, the James Bay Agreement, which was held to have been incorporated in federal and provincial statutes in *Cree Regional Authority, supra*, contains many public duties which are not necessarily owed to the signatories of the Agreement, but rather are owed to members of the aboriginal communities or to the public at large. The public nature of the duties is surely an indication of an intent to incorporate the Agreement into the Act and thus, to give it statutory force.

Secondly, it must be remembered that the *Dominion Act* was part of the settlement of a constitutional dispute between British Columbia and the federal government. The different constituent parts of the settlement may not themselves have constitutional force. Indeed, the two governments chose not to request a modification to the *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10) from the Imperial Parliament. Nevertheless, constitutional settlements should be construed as being as certain and fixed as possible. In cases where statutes were enacted to give effect to a constitutional settlement, courts should not give them a narrow interpretation allowing one party to unilaterally modify the terms of the settlement. To do so would foster distrust between governments.

In my view, it is clear that the Dunsmuir Agreement was part of the 1883-1884 constitutional settlement between British Columbia and the federal government. While it is a document distinct from the federal-provincial agreement, its provisions are so intertwined with the provisions of the latter that we should not consider it as some sort of accessory agreement between the federal government and a private company.

[TRADUCTION] Les parties pourraient renoncer à l'entente intervenue entre elles pour leur propre bénéfice. Elles ne pourraient pas renoncer à l'obligation légale qui leur est imposée, s'il s'agissait d'une obligation imposée au profit du grand public.

De même, la Convention de la Baie James, qui, a-t-on jugé dans l'arrêt *Administration régionale crie*, précité, a été incorporée dans les lois fédérale et provinciale, prévoit de nombreuses obligations publiques, non pas nécessairement envers les signataires de la Convention, mais plutôt envers les membres des collectivités autochtones ou le grand public. La nature publique des obligations est sûrement une indication de l'intention d'incorporer la Convention dans la Loi et, par conséquent, de lui donner force de loi.

En second lieu, il faut se rappeler que la *Loi fédérale* faisait partie du règlement d'un différend constitutionnel entre la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Il se peut que les différentes parties constituantes du règlement n'aient pas elles-mêmes force constitutionnelle. En fait, les deux gouvernements ont choisi de ne pas demander au Parlement impérial de modifier les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 10). Néanmoins, les règlements constitutionnels devraient être interprétés comme étant aussi certains et stables que possible. Dans les cas où des lois ont été adoptées pour mettre à exécution un règlement constitutionnel, les tribunaux ne devraient pas leur donner une interprétation stricte permettant à une partie de modifier unilatéralement les conditions du règlement. Cela favoriserait la méfiance entre les gouvernements.

À mon avis, il est clair que la convention Dunsmuir faisait partie du règlement constitutionnel de 1883-1884 intervenu entre la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Bien qu'il s'agisse d'un document distinct de la convention fédérale-provinciale, ses dispositions sont si étroitement liées aux dispositions de cette dernière que nous ne devrions pas le considérer comme un genre de convention accessoire entre le gouvernement fédéral et une société privée.

I also draw comfort from the fact that when the Dunsmuir Agreement was modified to allow the contractor to build curves sharper than expected in the railway line, an Act of Parliament was passed to effect the change: *An Act respecting the Railway from Esquimalt to Nanaimo, in British Columbia*, S.C. 1886, c. 15 ("Curve Act"). If the Agreement had not been given statutory authority, it could have been modified simply by agreement between the parties. The fact that Parliament chose to enact the *Curve Act* is a strong indication that it felt that such an enactment was required because the Dunsmuir Agreement had been incorporated into the *Dominion Act*. Also, I would note that the *Curve Act* refers to the initial curve requirements as "the requirements of the said Act forty-seventh Victoria, chapter six", even though these requirements were found in the Dunsmuir Agreement and not in the Act itself. This further demonstrates that Parliament was of the view that the Dunsmuir Agreement had been incorporated into the *Dominion Act*.

While of the view that the Dunsmuir Agreement had statutory force, the Court of Appeal did not find the *Curve Act* helpful in coming to that conclusion. The court accepted the proposition put forward by the Attorney General of Canada that the *Curve Act* was only intended to continue the "supervisory authority" of the federal government over the construction of the railway, such authority being valid only with respect to the original agreement, and not with respect to the amended agreement. I cannot accept this explanation. If the Dunsmuir Agreement had not been incorporated in the *Dominion Act*, it remained a contract which could have been modified by the consent of the parties. The "supervisory authority" of the federal government would have flowed from the terms of the Agreement and not from the Act. Thus, it would have been unnecessary to ask Parliament to extend this "authority". In fact, the reasoning of the Court of Appeal pre-supposes that the "supervisory authority" comes from the Act and not only from the Agreement. This, in turn, can only be true if the Agreement is incorporated in the Act,

Je me fonde également sur le fait que, lorsque la convention Dunsmuir a été modifiée pour permettre à l'entrepreneur de construire, sur la ligne de chemin de fer, des courbes plus prononcées que ce qui était prévu, le Parlement a adopté une loi pour effectuer la modification: *Acte concernant le chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, dans la Colombie-Britannique*, S.C. 1886, ch. 15 («*Loi sur les courbes*»). Si la Convention ne s'était pas vu conférer force de loi, elle aurait pu être simplement modifiée de gré à gré. Le fait que le Parlement a décidé d'adopter la *Loi sur les courbes* montre clairement qu'il estimait que pareil texte législatif était nécessaire parce que la convention Dunsmuir avait été incorporée dans la *Loi fédérale*. De plus, je ferais remarquer que la *Loi sur les courbes* parle des exigences initiales relatives aux courbes comme étant les «prescriptions du dit acte de la quarante-septième Victoria, chapitre six», bien que ces exigences soient énoncées dans la convention Dunsmuir et non dans la Loi elle-même. Cela constitue une autre preuve que le Parlement estimait que la convention Dunsmuir avait été incorporée dans la *Loi fédérale*.

Même si elle était d'avis que la convention Dunsmuir avait force de loi, la Cour d'appel n'a pas jugé que la *Loi sur les courbes* était utile pour tirer cette conclusion. La cour a retenu la proposition avancée par le procureur général du Canada, selon laquelle la *Loi sur les courbes* visait uniquement à maintenir le «pouvoir de supervision» du gouvernement fédéral sur la construction du chemin de fer, lequel n'était valide qu'à l'égard de la convention initiale et non à l'égard de la convention modifiée. Je ne puis retenir cette explication. Si la convention Dunsmuir n'avait pas été incorporée dans la *Loi fédérale*, elle aurait continué d'être un contrat susceptible d'être modifié avec le consentement des parties. Le «pouvoir de supervision» du gouvernement fédéral aurait découlé des conditions de la Convention et non de la Loi. Ainsi, il n'aurait pas été nécessaire de demander au Parlement d'élargir ce «pouvoir». En fait, le raisonnement de la Cour d'appel présuppose que le «pouvoir de supervision» émane de la Loi et non seulement de la Convention. Cela, en revanche, ne peut être vrai que si la Convention est incorporée

because the Act itself does not expressly mention such authority. In the end, this line of reasoning is contradictory. In my view, we cannot avoid the conclusion that the framers of the *Curve Act* believed that the Dunsmuir Agreement had statutory force.

The appellant urged that a contrary intent be inferred from the fact that some, but not all, provisions of the Dunsmuir Agreement are repeated in the *Dominion Act*. Only those provisions which are repeated, it argued, may have received statutory force. With respect, I do not find this argument convincing. One can speculate as to other reasons why the drafters may have included these provisions. For instance, Parliament may have wanted to make it completely clear that it approved the transfer of the funds mentioned in the Agreement (ss. 3 and 13). Also, it may have been felt that a specific provision was necessary to give effect to the customs duties exemption (s. 8). I note that a similar argument to the one advanced by the appellant here was put forward by the provincial government in *Cree Regional Authority*, *supra*, and was rejected by the Federal Court of Appeal in that case.

In the result, I find that the Dunsmuir Agreement has statutory force and that it prevails over s. 268 of the *Railway Act*.

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — There are two basic questions to be answered in this appeal. Can the federal government, acting alone, constitutionally compel the termination of passenger rail services on Vancouver Island? If termination can be so achieved, how must it be achieved?

dans la Loi, puisque la Loi elle-même ne mentionne pas expressément ce pouvoir. En fin de compte, ce genre de raisonnement est contradictoire. À mon avis, on ne peut nier que les rédacteurs de la *Loi sur les courbes* croyaient que la convention Dunsmuir avait force de loi.

L'appelant a pressé la Cour de déduire l'existence d'une intention contraire du fait que certaines dispositions de la convention Dunsmuir, et non pas toutes, sont reprises dans la *Loi fédérale*. Seules les dispositions qui sont reprises, soutient-il, peuvent s'être vu conférer force de loi. En toute déférence, je ne trouve pas cet argument convaincant. On peut conjecturer sur les autres raisons qui peuvent avoir incité les rédacteurs à inclure ces dispositions. Par exemple, il se peut que le Parlement ait voulu qu'il soit tout à fait clair qu'il approuvait le transfert des fonds mentionnés dans la Convention (art. 3 et 13). Il se peut aussi qu'on ait estimé qu'il devait y avoir une disposition précise pour que s'applique l'exemption des droits de douane (art. 8). Je remarque que, dans l'arrêt *Administration régionale crie*, précité, un argument semblable à celui que l'appelant a avancé en l'espèce a été invoqué par le gouvernement provincial et rejeté par la Cour d'appel fédérale.

En définitive, je conclus que la convention Dunsmuir a force de loi et qu'elle l'emporte sur l'art. 268 de la *Loi sur les chemins de fer*.

Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève deux questions fondamentales. Le gouvernement fédéral peut-il, en vertu de la Constitution, exiger unilatéralement la suppression du service de trains de voyageurs sur l'île de Vancouver? Dans l'affirmative, comment doit-il procéder?

I. Facts

The history which forms the broader context of the present dispute has been impressively surveyed in several judgments. These include the *per curiam* decision of the British Columbia Court of Appeal in this case: *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280. Additionally, there is the decision of this Court *per* Locke J., and of the British Columbia Court of Appeal *per* O'Halloran J.A., in the *E & N Reference* case: *Attorney General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (P.C.), rev'g [1948] S.C.R. 403, rev'g B.C.C.A., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, June 10, 1947, published in *B.C. Gazette*, June 19, 1947, at p. 1885. I will not attempt a similarly extensive survey in these reasons. What follows is simply an overview of the historical facts necessary to my analysis inasmuch as a more complete history can be obtained through reference to the decisions I have cited.

British Columbia joined Confederation in 1871. This was formally achieved by the *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10). Pursuant to Term 11 of the Terms of Union, Canada agreed, in part, to commence within two years construction of a railway connecting the "seaboard of British Columbia with the railway system of Canada", and to "secure the completion" of that railway within ten years.

Between 1871 and 1883, Canada and British Columbia negotiated with one another in an attempt to resolve the railway obligation established by Term 11. In 1873, a route was selected which contemplated a fixed rail link between mainland British Columbia and northern Vancouver Island that was intended to traverse the Strait of Georgia. On the Island, the proposed route was to lead along the Island's east coast, through Nanaimo, to a proposed western terminus at Esquimalt, near Victoria.

I. Les faits

Le vaste contexte historique dans lequel se situe le présent litige a été examiné en profondeur dans plusieurs jugements. Mentionnons notamment l'arrêt *per curiam* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, *British Columbia (Attorney General) c. Canada (Attorney General)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, et l'arrêt de notre Cour, rendu par le juge Locke, et celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, prononcé par le juge O'Halloran, dans le *Renvoi E & N: Attorney General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (C.P.), inf. [1948] R.C.S. 403, inf. C.A.C.-B., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, le 10 juin 1947, publié dans la *B.C. Gazette*, le 19 juin 1947, à la p. 1885. Je ne tenterai pas de procéder à une analyse aussi détaillée dans mes motifs. Je ferai simplement un survol des faits historiques nécessaires à mon analyse, étant donné l'historique plus complet qu'on peut trouver dans les décisions que j'ai citées.

La Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871. Cette adhésion a officiellement été reconnue dans les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 10). Conformément à l'art. 11 de ces conditions, le Canada s'est notamment engagé à faire commencer, dans les deux années de l'adhésion, la construction d'un chemin de fer pour relier «la côte maritime de la Colombie Britannique au réseau des chemins de fer canadiens», et à «faire achever» ce chemin de fer dans un délai de dix ans.

Entre 1871 et 1883, le Canada et la Colombie-Britannique ont négocié ensemble en vue de s'entendre sur la façon d'exécuter l'obligation en matière de chemin de fer imposée par l'art. 11. En 1873, on a choisi un parcours établissant une liaison ferroviaire fixe entre la partie continentale de la Colombie-Britannique et le nord de l'île de Vancouver, qui devait traverser le détroit de Géorgie. Sur l'île, le parcours proposé devait partir de la côte est, passer par Nanaimo, et aboutir à un terminus sur la côte ouest, à Esquimalt, près de Victoria.

In 1875, British Columbia granted to Canada a corridor of land along the 1873 route. This railway belt measured 20 miles on either side of the proposed line. Under Term 11, British Columbia had agreed "to convey to the Dominion Government . . . a similar extent of public lands along the line of railway throughout its entire length in British Columbia, not to exceed, however, twenty (20) miles on each side of said line". Thus, large tracts of land, both on Vancouver Island and on the mainland, were conveyed to secure the development of the railway as contemplated by Term 11.

Construction of the railway was delayed. These delays were particularly harmful to British Columbia, since no settlement or development of the granted land corridor could occur prior to the railway's completion. As a result, on Vancouver Island roughly one quarter of the Island's area, including most of its arable land, stood in developmental limbo.

A major cause of the construction delay was the emerging view that the 1873 route was neither technically nor financially feasible. Another route was selected and it was this route on which the railway was ultimately constructed. The new route led down the Fraser River Valley to a western terminus at Burrard Inlet, present-day Vancouver. British Columbia accepted the route change with resignation, and abandoned the idea of a fixed rail link to Vancouver Island. However, British Columbia continued to regard the Vancouver Island rail line between Esquimalt and Nanaimo as part of Canada's railway obligation under Term 11 of the Terms of Union.

In 1883, negotiations between British Columbia and Canada finally concluded, and the result was described in the Settlement Agreement of 1883. The Settlement Agreement was in turn ratified and embodied as a preamble in both federal and provincial implementing legislation: *An Act relating*

En 1875, la Colombie-Britannique accordait au Canada une bande de terres le long du parcours déterminé en 1873. Cette zone de chemin de fer mesurait 20 milles de part et d'autre du parcours proposé. En vertu de l'art. 11, la Colombie-Britannique avait convenu «de transférer au Gouvernement Fédéral [. . .] une étendue de terres publiques, sur tout le parcours de ce chemin de fer dans la Colombie Britannique, ne devant pas excéder, néanmoins, vingt (20) milles de chaque côté de cette ligne». D'importantes étendues de terre, tant sur l'île de Vancouver que sur le continent, furent ainsi cédées pour garantir l'aménagement du chemin de fer prévu par l'art. 11.

Il y a eu des retards dans la construction du chemin de fer. Ces retards ont été particulièrement préjudiciables à la Colombie-Britannique puisque aucune colonisation ni aucun aménagement de la bande de terres cédées ne pouvait avoir lieu avant l'achèvement de la construction du chemin de fer. C'est ce qui explique pourquoi l'aménagement d'environ un quart de la superficie de l'île de Vancouver, comprenant la majeure partie de ses terres arables, était «tombé dans l'oubli».

Le retard dans la construction résultait principalement du fait que l'on s'était rendu compte que le parcours de 1873 n'était ni techniquement ni financièrement réalisable. On a alors choisi un autre parcours qui a finalement servi à la construction du chemin de fer. Le nouveau parcours longeait la vallée du fleuve Fraser jusqu'à un terminus situé à l'ouest dans la baie Burrard, site actuel de Vancouver. La Colombie-Britannique s'est résignée au changement de parcours et a abandonné l'idée d'une liaison ferroviaire fixe avec l'île de Vancouver. Toutefois, la Colombie-Britannique a continué de considérer que la ligne ferroviaire de l'île de Vancouver entre Esquimalt et Nanaimo faisait partie de l'obligation du Canada en vertu de l'art. 11 des Conditions de l'adhésion.

En 1883, des négociations entre la Colombie-Britannique et le Canada ont finalement abouti à la Convention fédérale-provinciale de 1883. Cette convention a, à son tour, été ratifiée et incorporée comme préambule dans les lois fédérale et provinciale de mise en œuvre: *An Act relating to the*

to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14 ("Provincial Act"); and An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6 ("Dominion Act").

Under the terms of the Settlement Agreement of 1883, Canada agreed to contribute a sum toward the cost of constructing the Esquimalt to Nanaimo line. British Columbia, in turn, confirmed and renewed the grant of contiguous land along the Island rail corridor, and Canada agreed to convey these lands to "the contractors who may build such railway": clause (e). Canada also agreed to take security from the contractors "for the construction and completion of such railway" before 1887: clause (e). With respect to these proposed contractors, British Columbia agreed to procure the incorporation of a company which would construct the Island rail line. The Esquimalt & Nanaimo Railway Company ("E & N Company") was thus created: s. 8 of the *Provincial Act*.

The province also agreed, in the Settlement Agreement of 1883, to grant to Canada 3.5 million acres of land in the Peace River interior of mainland British Columbia. This Peace River block grant was intended to respond to unforeseen events at least in part, inasmuch as railway corridor along the new mainland route was considered to be much less valuable than the corridor along the old route.

In addition to Canada and British Columbia, a third party, the proposed railway contractor ("Dunsmuir Syndicate"), was intimately involved in the negotiations which led to the Settlement Agreement of 1883. On the same day that Canada ratified that Agreement, Canada executed a contract ("Dunsmuir Agreement") with the Dunsmuir Syndicate. The Dunsmuir Agreement was ratified by, and attached as a schedule to, the *Dominion*

Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14 («*Loi provinciale*»); et *Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884, ch. 6 («*Loi fédérale*»).

En vertu des conditions de la Convention fédérale-provinciale de 1883, le Canada s'engageait à verser une contribution pour la construction d'un chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo. La Colombie-Britannique, quant à elle, confirmait et renouvelait la concession de terres avoisinantes le long de la ligne de chemin de fer sur l'Île, et le gouvernement fédéral convenait de transférer ces terres «aux entrepreneurs qui construiront ce chemin [de fer]»: al. (e.). Le Canada avait aussi convenu d'exiger des entrepreneurs des garanties «pour assurer la construction du dit chemin de fer et son achèvement» avant 1887: al. (e.). En ce qui concerne les entrepreneurs proposés, la Colombie-Britannique convenait d'assurer la constitution en personne morale d'une société qui construirait le chemin de fer de l'Île, d'où la constitution de la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo («Compagnie E & N»): art. 8 de la *Loi provinciale*.

Dans la Convention fédérale-provinciale de 1883, la province convenait aussi de transférer au Canada trois millions et demi d'acres de terre dans le district de la rivière de la Paix de la Colombie-Britannique. Ce transfert d'un bloc de terre visait, tout au moins en partie, à répondre aux événements imprévus dans la mesure où la bande de terres cédées le long du nouveau parcours sur le continent était considérée beaucoup moins utile que celle de l'ancien parcours.

Outre le Canada et la Colombie-Britannique, une troisième partie, l'entrepreneur ferroviaire proposé («consortium Dunsmuir»), avait étroitement participé aux négociations ayant abouti à la Convention fédérale-provinciale de 1883. Le jour même de sa ratification de la convention fédérale-provinciale, le Canada a signé un contrat («convention Dunsmuir») avec le consortium Dunsmuir. La convention Dunsmuir a été ratifiée dans la *Loi*

Act. In the Dunsmuir Agreement, the Syndicate agreed to “construct, complete, equip, maintain and work continuously” the line of the railway, and to “continuously and in good faith operate the same”: clauses 3 and 9 (emphasis added).

The line from Esquimalt to Nanaimo was completed in 1886 and extended to Victoria. The contract with the Dunsmuir Syndicate was performed by the E & N Company. In 1905, the E & N Company was purchased by the Canadian Pacific Railway Company (“CPR”). At the time of the purchase, the railway was declared to be a work for the general advantage of Canada by s. 1 of *An Act respecting the Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, S.C. 1905, c. 90 (“1905 Declaratory Act”). However, pursuant to s. 4 of that Act, it was established that the declaration would not prejudicially affect the pre-existing rights and liabilities of British Columbia and the E & N Company.

In 1914, the Island rail line was extended north from Nanaimo to Courtenay. Anticipating the extension, British Columbia passed a statute exempting the extension lands from taxes. The statutory exemption was enacted subject to the requirement that the E & N Company “continuously operate” the extension: *Esquimalt and Nanaimo Railway Company’s Land Grant Tax Exemption Ratification Act*, S.B.C. 1912, c. 33 (“1912 Provincial Land Tax Exemption Act”), Schedule, clause 3.

Both portions of the Island rail line, that is, between Victoria and Nanaimo, and between Nanaimo and Courtenay, have been operating continuously since their respective completion dates. Since 1977, VIA Rail has been responsible for the operation of passenger service on the line.

Pursuant to the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, a rail line can be declared “uneconomic”, such that its operation can be rationalized or abandoned. The CPR first applied for a declaration and a termination order in 1974 (under forerunner legislation, the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2).

fédérale et annexée à cette loi. Dans la convention Dunsmuir, le consortium s’engageait à «construire, achever, équiper, entretenir et exploiter sans interruption» la ligne de chemin de fer, et «sans interruption et de bonne foi [à] exploiter le dit chemin»: art. 3 et 9 (je souligne).

La ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo a été achevée en 1886 et prolongée jusqu’à Victoria. Le contrat avec le consortium Dunsmuir a été exécuté par la Compagnie E & N. En 1905, la Compagnie E & N a été achetée par la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique («CP»). Lors de l’achat, le chemin de fer a été déclaré entreprise à l’avantage général du Canada, à l’art. 1 de l’*Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d’Esquimalt à Nanaimo*, S.C. 1905, ch. 90 («*Loi déclaratoire de 1905*»). Toutefois, l’art. 4 de cette loi prévoyait que la déclaration ne porterait pas atteinte aux droits et obligations préexistants de la Colombie-Britannique et de la Compagnie E & N.

En 1914, la ligne de chemin de fer de l’Île a été prolongée vers le nord à partir de Nanaimo jusqu’à Courtenay. En prévision du prolongement, la Colombie-Britannique avait adopté une loi ayant pour effet d’exempter d’impôt les terres visées par le prolongement. Cette exemption était assujettie à la condition que la Compagnie E & N «exploite sans interruption» le prolongement: *Esquimalt and Nanaimo Railway Company’s Land Grant Tax Exemption Ratification Act*, S.B.C. 1912, ch. 33 («*Loi provinciale d’exemption d’impôt foncier de 1912*»), annexe, art. 3.

Les deux portions de la ligne de chemin de fer de l’Île, soit entre Victoria et Nanaimo, et entre Nanaimo et Courtenay, ont été exploitées sans interruption depuis leurs achèvements respectifs. Depuis 1977, VIA Rail est chargée d’exploiter le service de trains de voyageurs sur cette ligne.

Conformément à la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, une ligne de chemin de fer peut être déclarée «non rentable» et son exploitation peut alors être rationalisée ou supprimée. Le CP a d’abord demandé une déclaration de non-rentabilité et une ordonnance de suppression du ser-

Following upon events which need not be recounted, in 1984, the Canadian Transport Commission ("CTC") declared that the Victoria to Courtenay rail line was uneconomic: CTC Order R-36539. The CTC directed, however, that service on the line not be discontinued.

The National Transportation Agency ("NTA"), the CTC's successor, did not perform a statutorily prescribed five-year review of the application for discontinuance of the rail line service. In 1989, after the review period expired, the Governor in Council purported to vary Order R-36539 pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.) (formerly S.C. 1987, c. 34). The termination of passenger rail service between Victoria and Courtenay was ordered, effective January 15, 1990: Order-in-Council P.C. 1989-1974.

British Columbia responded to P.C. 1989-1974 with a petition that alleges that Canada has a perpetual constitutional obligation to maintain the rail service on the Island. A declaration to this effect issued from the British Columbia Supreme Court, but it pertained only to the Victoria to Nanaimo portion of the rail line: (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61. The Nanaimo to Courtenay portion was expressly excluded.

In deference to this result, the Governor in Council revoked Schedule VII to P.C. 1989-1974, meaning that its earlier termination order ceased to have effect. The Governor in Council proceeded, however, to amend again Order R-36539. Termination of the passenger-train service between Nanaimo and Courtenay was thus ordered, effective January 15, 1990: Order-in-Council P.C. 1990-21.

British Columbia responded with a second petition. This petition challenges P.C. 1990-21 on the

vice (en vertu de la loi précédente, la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2). Après des événements dont je n'ai pas à faire le récit, la Commission canadienne des transports («CCT») a déclaré en 1984 que la ligne de chemin de fer entre Victoria et Courtenay était non rentable: ordonnance R-36539 de la CCT. Cependant, elle a ordonné le maintien du service de trains sur cette ligne.

L'Office national des transports («ONT»), qui a succédé à la CCT, n'a pas procédé à l'examen quinquennal, prescrit par la Loi, de la demande de suppression de service. En 1989, après l'expiration du délai imparti pour effectuer l'examen, le gouverneur en conseil a entrepris de modifier l'ordonnance R-36539 conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.) (auparavant L.C. 1987, ch. 34). La suppression du service de trains de voyageurs entre Victoria et Courtenay a été ainsi ordonnée, à compter du 15 janvier 1990: décret C.P. 1989-1974.

À la suite du décret C.P. 1989-1974, la Colombie-Britannique a déposé une requête dans laquelle elle alléguait que le Canada a, en vertu de la Constitution, une obligation perpétuelle de maintenir le service ferroviaire sur l'Île. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu un jugement déclaratoire en ce sens, mais seulement relativement à la portion de la ligne de chemin de fer entre Victoria et Nanaimo (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61. La partie entre Nanaimo et Courtenay a été expressément exclue.

Par égard pour ce résultat, le gouverneur en conseil a révoqué l'annexe VII du décret C.P. 1989-1974, rendant ainsi inopérant son décret antérieur de suppression de service. Toutefois, le gouverneur en conseil a entrepris de modifier de nouveau l'ordonnance R-36539. La suppression du service de trains de voyageurs entre Nanaimo et Courtenay a ainsi été ordonnée, à compter du 15 janvier 1990: décret C.P. 1990-21.

La Colombie-Britannique a répondu en déposant une deuxième requête dans laquelle elle contestait

basis that it purports to vary a lapsed NTA order, such that P.C. 1990-21 is *ultra vires* the Governor in Council. A declaration to this effect issued from the British Columbia Supreme Court: (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217.

Both the first and second petition judgments were appealed to the British Columbia Court of Appeal: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. The Court of Appeal held that P.C. 1990-21 was, indeed, *ultra vires* the Governor in Council. The Court of Appeal also upheld the constitutional declaration in effect, although a continuing rather than a perpetual obligation on the part of Canada to ensure operation of rail service was recognized. This Court granted leave to appeal from that decision, [1992] 2 S.C.R. v.

II. Relevant Constitutional, Statutory, and Other Provisions

A. *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 5)

146. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, on Addresses from the Houses of the Parliament of Canada, and from the Houses of the respective Legislatures of the Colonies or Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, and British Columbia, to admit those Colonies or Provinces, or any of them, into the Union . . . on such Terms and Conditions in each Case as are in the Addresses expressed and as the Queen thinks fit to approve, subject to the Provisions of this Act; and the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

B. *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10)

11. The Government of the Dominion undertake to secure the commencement simultaneously, within two years from the date of the Union, of the construction of

le décret C.P. 1990-21 pour le motif qu'il avait pour effet de modifier un arrêté caduc de l'ONT et qu'il excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu un jugement déclaratoire en ce sens: (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217.

Les deux jugements rendus relativement aux première et deuxième requêtes ont fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. Celle-ci a statué que le décret C.P. 1990-21 excédait effectivement les pouvoirs du gouverneur en conseil. La Cour d'appel a aussi confirmé le jugement déclaratoire de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais elle a reconnu que le Canada avait une obligation continue plutôt que perpétuelle de garantir l'exploitation du service ferroviaire. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi relativement à cette décision, [1992] 2 R.C.S. v.

II. Les textes législatifs, constitutionnels et autres

A. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., ch. 3 (reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 5)

146. Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très honorable Conseil privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique d'admettre ces colonies ou provinces, ou l'une d'entre elles, dans l'Union [...] selon les termes et conditions, en chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenables d'approuver, conformément aux dispositions de la présente loi. Les dispositions de tout arrêté en conseil rendu à cet égard auront le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

B. *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 10)

11. Le gouvernement de la Puissance s'engage à faire commencer simultanément, dans les deux années de la date de l'Union, la construction d'un chemin de fer du

a railway from the Pacific towards the Rocky Mountains, and from such point as may be selected, east of the Rocky Mountains, towards the Pacific, to connect the seaboard of British Columbia with the railway system of Canada; and further, to secure the completion of such railway within ten years from the date of the Union.

And the Government of British Columbia agrees to convey to the Dominion Government, in trust, to be appropriated in such manner as the Dominion Government may deem advisable in furtherance of the construction of the said railway, a similar extent of public lands along the line of railway throughout its entire length in British Columbia, not to exceed, however, twenty (20) miles on each side of said line, as may be appropriated for the same purpose by the Dominion Government from the public lands in the north-west territories and the Province of Manitoba. Provided that the quantity of land which may be held under pre-emption right or by Crown grant within the limits of the tract of land in British Columbia to be so conveyed to the Dominion Government shall be made good to the Dominion from contiguous public lands; and provided further, that until the commencement, within two years, as aforesaid, from the date of the union, of the construction of the said railway, the Government of British Columbia shall not sell or alienate any further portions of the public lands of British Columbia in any other way than under right of pre-emption, requiring actual residence of the pre-emptor on the land claimed by him. In consideration of the land to be so conveyed in aid of the construction of the said railway, the Dominion Government agrees to pay to British Columbia from the date of the Union, the sum of 100,000 dollars per annum, in half-yearly payments in advance.

C. Settlement Agreement of 1883, as incorporated by way of preamble into the *Dominion Act* and the *Provincial Act* which follow:

WHEREAS negotiations between the Governments of Canada and British Columbia have been recently pending, relative to delays in the commencement and construction of the Canadian Pacific Railway, and relative to the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain railway lands of the Province of British Columbia:

Pacifique aux Montagnes-Rocheuses, et du point qui pourra être choisi, à l'est des Montagnes-Rocheuses, jusqu'au Pacifique, pour relier la côte maritime de la Colombie Britannique au réseau des chemins de fer canadiens, — et de plus à faire achever ce chemin de fer dans les dix années de la date de l'Union.

Et le gouvernement de la Colombie Britannique convient de transférer au Gouvernement Fédéral, à la charge d'en disposer de telle manière que le Gouvernement Fédéral le jugera à propos dans l'intérêt de la construction de ce chemin de fer, une étendue de terres publiques, sur tout le parcours de ce chemin de fer dans la Colombie Britannique, ne devant pas excéder, néanmoins, vingt (20) milles de chaque côté de cette ligne, semblable à celle qui pourra être affectée au même objet par le Gouvernement Fédéral à même les terres publiques des territoires du Nord-Ouest et de la province de Manitoba; pourvu que la quantité de terre qui pourra être possédée en vertu d'un droit de préemption ou d'une concession de la Couronne, dans les limites de l'étendue de terre dans la Colombie Britannique qui devra être ainsi cédée et transportée au Gouvernement Fédéral, sera remplacée au bénéfice du Gouvernement Fédéral à même les terres publiques avoisinantes; et pourvu aussi que jusqu'au commencement, sous deux ans de la date de l'Union, comme il est dit ci-haut, de la construction de ce chemin de fer, le gouvernement de la Colombie Britannique ne vendra ni n'aliénera aucune nouvelle partie des terres publiques de la Colombie Britannique d'aucune autre manière qu'en vertu du droit de préemption, en exigeant de celui qui exercera ce droit qu'il tienne feu et lieu sur la terre qu'il réclamera. En considération des terres ainsi cédées pour aider à la construction de ce chemin de fer, le Gouvernement Fédéral convient de payer à la Colombie Britannique, à dater de l'époque de l'Union, la somme de 100,000 piastres par année, en versements semestriels et d'avance.

C. Convention fédérale-provinciale de 1883, incorporée comme préambule dans la *Loi fédérale* et la *Loi provinciale*

CONSIDÉRANT que des négociations ont récemment eu lieu entre le gouvernement du Canada et celui de la Colombie-Britannique, au sujet des retards apportés au commencement et à la construction du chemin de fer Canadien du Pacifique, et au sujet du chemin de fer de l'île de Vancouver, du bassin de radoub d'Esquimalt, et de certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique;

And, whereas, for the purpose of settling all existing disputes and difficulties between the two Governments, it hath been agreed as follows: —

(a). The Legislature of British Columbia shall be invited to amend the Act number eleven, of one thousand eight hundred and eighty, intituled "*An Act to authorize the grant of certain public lands on the Mainland of British Columbia to the Government of the Dominion of Canada for Canadian Pacific Railway purposes*," so that the same extent of land on each side of the line of railway through British Columbia, wherever finally settled, shall be granted to the Dominion Government in lieu of the lands conveyed by that Act:

(b). The Government of British Columbia shall obtain the authority of the Legislature to grant to the Government of Canada a portion of the lands set forth and described in the Act, number fifteen, of one thousand eight hundred and eighty-two, intituled "*An Act to incorporate the Vancouver Land and Railway Company*," namely, that portion of the said lands therein described, commencing at the southern boundary thereof and extending to a line running east and west, half-way between Comox and Seymour Narrows; and also a further portion of the lands conveyed by the said Act to the northward of and contiguous to that portion of the said lands last hereinbefore specified, equal in extent to the lands within the limits thereof which may have been alienated from the Crown by Crown grants, pre-emption, or otherwise:

(c). The Government of British Columbia shall obtain the authority of the Legislature to convey to the Government of Canada three and one-half millions of acres of land in the Peace River District of British Columbia, in one rectangular block, east of the Rocky Mountains and adjoining the North-West Territories of Canada:

(d). The Government of British Columbia shall procure the incorporation, by Act of their Legislature, of certain persons, to be designated by the Government of Canada, for the construction of the railway from Esquimalt to Nanaimo:

(e). The Government of Canada shall, upon the adoption by the Legislature of British Columbia of the terms of this agreement, seek the sanction of Parliament to

Et considérant que, dans la vue de régler toutes contestations et difficultés existant entre les deux gouvernements, il a été convenu et arrêté ce qui suit: —

(a.) La législature de la Colombie-Britannique sera invitée à modifier l'acte numéro onze, de mil huit cent quatre-vingt, intitulé "*An Act to authorize the grant of certain public lands on the mainland of British Columbia to the Government of the Dominion of Canada for Canadian Pacific Railway purposes*," — (Acte qui autorise la concession de certaines terres publiques sur la terre ferme de la Colombie-Britannique au gouvernement de la Puissance du Canada pour les fins du chemin de fer Canadien du Pacifique,) — à l'effet d'octroyer au gouvernement fédéral, au lieu des terres transférées par le dit acte, une même étendue de terrain de chaque côté de la ligne du chemin de fer, à travers la Colombie-Britannique, quelle que soit la situation du tracé définitivement établi;

(b.) Le gouvernement de la Colombie-Britannique se fera autoriser par la législature à concéder au gouvernement du Canada une portion des terres indiquées et décrites en l'acte numéro quinze, de mil huit cent quatre-vingt-deux, intitulé "*An Act to incorporate the Vancouver Land and Railway Company*," — (Acte constituant en corporation la Compagnie des terres et du chemin de fer de Vancouver,) — à savoir: la portion des dites terres y désignées commençant à leur limite méridionale et s'étendant jusqu'à une ligne tirée de l'est à l'ouest à mi-chemin entre Comox et le détroit de Seymour; et aussi une autre portion des terres que transfère le dit acte, à prendre au nord et sur la limite de la portion des dites terres ci-dessus en dernier lieu mentionnées, d'une étendue égale à celle de tous terrains compris dans celle-ci qui ont pu être aliénés du domaine de la couronne par concessions, préemptions ou autrement;

(c.) Le gouvernement de la Colombie-Britannique se fera autoriser par la législature à transférer au gouvernement du Canada trois millions et demi d'acres de terre dans le district de la rivière de la Paix de la Colombie-Britannique, en un seul bloc rectangulaire, à l'est des Montagnes-Rocheuses, sur la limite du territoire du Nord-Ouest du Canada;

(d.) Le gouvernement de la Colombie-Britannique procurera la constitution en corporation, par un acte de la législature provinciale, de certaines personnes que désignera le gouvernement du Canada, pour la confection du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo;

(e.) Le gouvernement du Canada, après l'adoption par la législature de la Colombie-Britannique des articles de la présente convention, demandera au parlement l'auto-

enable them to contribute to the construction of a railway, from Esquimalt to Nanaimo, the sum of seven hundred and fifty thousand dollars, and they agree to hand over to the contractors who may build such railway the lands which are or may be placed in their hands for that purpose by British Columbia; and they agree to take security, to the satisfaction of the Government of that Province, for the construction and completion of such railway on or before the tenth day of June, one thousand eight hundred and eighty-seven, — such construction to commence forthwith:

(k). This agreement is to be taken by the Province in full of all claims up to this date by the Province against the Dominion, in respect of delays in the commencement and construction of the Canadian Pacific Railway, and in respect of the non-construction of the Esquimalt and Nanaimo Railway, and shall be taken by the Dominion Government in satisfaction of all claims for additional lands under the terms of Union, but shall not be binding unless and until the same shall have been ratified by the Parliament of Canada and the Legislature of British Columbia:

D. Provincial Act

An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14

1. The hereinbefore recited agreement shall be and is hereby ratified and adopted.

7. There is hereby granted to the Dominion Government three and a half million acres of land in that portion of the Peace River District of British Columbia lying East of the Rocky Mountains and adjoining the North-West Territory of Canada, to be located by the Dominion in one rectangular block.

8. For the purpose of facilitating the construction of the Railway between Esquimalt and Nanaimo, it is hereby enacted that such persons . . . as may be named . . . shall be and are hereby constituted a body corporate and politic by the name of "The Esquimalt and Nanaimo Railway Company."

9. The company, and their agents and servants, shall lay out, construct, equip, maintain, and work a continuous double or single track steel railway of the gauge of

risation de contribuer la somme de sept cent cinquante mille piastres à la construction d'un chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, et convient de transférer aux entrepreneurs qui construiront ce chemin les terres qui lui sont ou pourront lui être cédées à cet effet par la Colombie-Britannique; et il s'engage à exiger des garanties, à la satisfaction du gouvernement de cette province, pour assurer la construction du dit chemin de fer et son achèvement le ou avant le dixième jour de juin mil huit cent quatre-vingt-sept, les travaux devant se commencer immédiatement;

(k). La province acceptera cette convention en règlement de toutes réclamations qu'elle peut avoir jusqu'à ce jour contre la Puissance, à raison des délais apportés au commencement des travaux de construction du chemin de fer Canadien du Pacifique, ainsi que de la non-construction du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo; et de son côté, le gouvernement fédéral acceptera cette convention comme l'équivalent de tous droits à d'autres terres en vertu des conditions d'union; mais la dite convention ne sera obligatoire que lorsqu'elle aura été ratifiée par le parlement du Canada et la législature de la Colombie-Britannique;

D. Loi provinciale

An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14

[TRADUCTION] 1. La convention relatée ci-dessus est par les présentes approuvée et adoptée.

7. Il est par les présentes cédé au gouvernement du Canada, en un seul bloc rectangulaire, trois millions et demi d'acres de terre dans la partie du district de la rivière de la Paix de la Colombie-Britannique, située à l'est des Montagnes Rocheuses, sur la limite du territoire du Nord-Ouest du Canada.

8. Pour faciliter la construction du chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo, il est par les présentes établi que les personnes [. . .] qui peuvent être nommées [. . .] sont par les présentes constituées en personne morale, sous le nom de «Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo».

9. La compagnie, ses mandataires et employés, procèderont au tracé, à la construction, à l'équipement, à l'entretien et à l'exploitation d'une ligne de chemin de fer

the Canadian Pacific Railway . . . from a point at or near the harbour of Esquimalt, in British Columbia, to a port or place at or near Nanaimo on the eastern coast of Vancouver Island, with power to extend the main line to Comox and Victoria, and to construct branches to settlements on the east coast, and also to extend the said railway by ferry communications to the mainland of British Columbia, and there to connect or amalgamate with any railway line in operation or course of construction . . .

double ou simple continue, en acier, de la largeur prévue pour le Chemin de fer canadien du Pacifique [. . .] depuis un point situé au port d'Esquimalt, en Colombie-Britannique, ou à proximité de celui-ci, jusqu'à un port ou à un endroit situé à Nanaimo ou à proximité de celui-ci, sur la côte est de l'île de Vancouver. Il pourra y avoir prolongement de la ligne principale jusqu'à Comox et Victoria, et construction d'embranchements jusqu'à des villages sur la côte est; il sera aussi possible de prolonger ladite ligne de chemin de fer au moyen de communications par traversiers jusqu'à la partie continentale de la Colombie-Britannique de façon à la relier à une ligne de chemin de fer en exploitation ou en cours de construction . . .

17. The Consolidated Railway Act, eighteen hundred and seventy-nine (1879), of Canada, shall, so far as its provisions are applicable to the undertaking and are not inconsistent with or contrary to the provisions of this Act, apply to the said railway, and shall be read with and form part of this Act.

17. L'Acte refondu des chemins de fer, de mil huit cent soixante-dix-neuf (1879), du Canada, s'applique à ladite ligne de chemin de fer dans la mesure où ses dispositions sont applicables à l'entreprise ou ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi ou contraires à celles-ci, et il s'interprète conjointement à la présente loi et en fait partie.

22. The lands to be acquired by the company from the Dominion Government for the construction of the Railway shall not be subject to taxation, unless and until the same are used by the company for other than railroad purposes, or leased, occupied, sold, or alienated.

22. Les terres que la compagnie doit acquérir du gouvernement fédéral pour la construction du chemin de fer sont exemptées d'impôt, sauf si la Compagnie les utilise à d'autres fins, ou encore si elles sont louées, occupées, vendues ou cédées.

27. The said Esquimalt and Nanaimo Railway Company shall be bound by any contract or agreement for the construction of the Railway from Esquimalt to Nanaimo which shall be entered into by and between the persons so to be incorporated as aforesaid, and Her Majesty, represented by the Minister of Railways and Canals, and shall be entitled to the full benefit of such contract or agreement, which shall be construed and operate in like manner as if such company had been a party thereto in lieu of such persons, and the document had been duly executed by such company under their corporate seal.

27. Ladite Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo est liée par tout contrat ou toute convention se rattachant à la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo, devant être conclu entre Sa Majesté, représentée par le ministre des Chemins de fer et Canaux, et les personnes devant être constituées en personne morale; la compagnie bénéficie pleinement d'un tel contrat ou d'une telle convention, que l'on interprète et applique comme si c'était la compagnie, plutôt que les personnes qui la composent, qui avait été une partie à ce contrat ou à cette convention, et comme si le document avait dûment été signé par cette compagnie en sa qualité de personne morale.

E. *Dominion Act*

An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Rail-

E. *Loi fédérale*

Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et

way Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6

certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6

1. The hereinbefore recited agreement is hereby approved and ratified.

1. La convention relatée ci-dessus est par le présent approuvée et ratifiée.

2. The agreement, a copy of which, with specification, is hereto appended as a schedule, for the construction, equipment, maintenance and working of a continuous line of railway of a uniform gauge of four feet, eight and one-half inches, from Esquimalt to Nanaimo in Vancouver Island, British Columbia, and also for the construction, equipment, maintenance and working of a telegraph line along the line of the said railway, is hereby approved and ratified, and the Governor in Council is authorized to carry out the provisions thereof according to their purport.

2. La convention, dont copie est reproduite, avec le devis qui l'accompagne, comme annexe, conclue pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de chemin de fer continue, d'une largeur de voie uniforme de quatre pieds huit pouces et demi, entre Esquimalt et Nanaimo, dans l'île de Vancouver, Colombie-Britannique, et aussi pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de télégraphe sur le parcours du dit chemin de fer, est par le présent approuvée et ratifiée, et le Gouverneur en conseil est autorisé à en mettre les stipulations à effet suivant leur teneur.

3. The Governor in Council may grant to "The Esquimalt and Nanaimo Railway Company" mentioned in the said agreement, and incorporated by the Act of the Legislature of British Columbia lastly hereinbefore referred to, in aid of the construction of the said railway and telegraph line, a subsidy in money of seven hundred and fifty thousand dollars

3. Le Gouverneur en conseil pourra accorder à la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, mentionnée dans la dite convention et constituée en corporation par l'acte de la législature de la Colombie-Britannique ci-dessus en dernier lieu mentionné, pour aider à la construction des dites lignes de chemin de fer et de télégraphe, une subvention en argent de sept cent cinquante mille piastres

SCHEDULE.

ANNEXE.

Between Robert Dunsmuir, James Dunsmuir and John Bryden [and other members of the "Dunsmuir Syndicate"] . . . and Her Majesty Queen Victoria, represented herein by the Minister of Railways and Canals

Entre Robert Dunsmuir, James Dunsmuir et John Bryden [et d'autres membres du «consortium Dunsmuir»] [. . .] et Sa Majesté la Reine Victoria, représentée à la présente convention par le ministre des Chemins de fer et Canaux

Whereas it has been agreed by and between the Governments of Canada and British Columbia, that the Government of British Columbia should procure the incorporation, by an Act of their Legislature, of certain persons to be designated by the Government of Canada, for the construction of a railway from Esquimalt to Nanaimo, and that the Government of Canada should take security from such company for the construction of such railway:

Attendu qu'il a été convenu par et entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique que le gouvernement de la Colombie-Britannique procurerait l'incorporation, au moyen d'un acte de la législature provinciale, de certaines personnes que désignerait le gouvernement du Canada, pour la construction d'un chemin de fer depuis Esquimalt jusqu'à Nanaimo, et que le gouvernement du Canada exigerait des garanties de cette compagnie pour la sûreté de l'exécution du chemin;

And whereas the parties hereto, of the first part, are associated together for the purpose of constructing or contracting for the construction of a railway and telegraph line from Esquimalt to Nanaimo, and are hereafter referred to as the said contractors:

Et attendu que les parties de la première part se sont associées pour construire ou entreprendre de construire un chemin de fer et une ligne télégraphique d'Esquimalt à Nanaïmo, — lesquelles parties sont ci-après appelées «les dits entrepreneurs»:

3. That the said contractors shall and will well, truly and faithfully lay out, make, build, construct, complete, equip, maintain and work continuously a line of railway of a uniform gauge of four feet eight and a-half inches, from Esquimalt to Nanaimo, in Vancouver Island, British Columbia, the points and approximate route and course being shown on the map hereunto annexed, marked B, and also construct, maintain and work continuously a telegraph line throughout and along the said line of railway, and supply all such telegraphic apparatus as may be required for the proper equipment of such telegraph line, and perform all engineering services, whether in the field or in preparing plans or doing other office work, to the entire satisfaction of the Governor in Council.

3. Les dits entrepreneurs s'engagent à bien et fidèlement tracer, construire, achever, équiper, entretenir et exploiter sans interruption une ligne de chemin de fer, d'une largeur de voie uniforme de quatre pieds huit pouces et demi, depuis Esquimalt jusqu'à Nanaïmo, dans l'île de Vancouver, Colombie-Britannique, les points, la direction et le développement approximatif de la ligne étant indiqués sur la carte ci-annexée cotée B; et aussi à construire, entretenir et exploiter sans interruption une ligne télégraphique sur tout le parcours et le long de la dite ligne de chemin de fer; à fournir tous appareils télégraphiques nécessaires pour équiper convenablement cette ligne télégraphique, et à exécuter tous services de génie, soit en opérant sur le terrain, soit en préparant les plans ou faisant tout autre travail de bureau, à l'entière satisfaction du Gouverneur en conseil.

9. That the said contractors will, upon and after the completion and equipment of the said line of railway and works appertaining thereto, truly and in good faith keep and maintain the same, and the rolling stock required therefor, in good and efficient working and running order, and shall continuously and in good faith operate the same, and also the said telegraph line and will keep the said telegraph line and appurtenances in good running order.

9. Les dits entrepreneurs, après avoir achevé et équipé les dits chemins de fer et dépendances, les entretiendront de bonne foi en état effectif de service et d'exploitation, de même que le matériel de roulement nécessaire, et devront sans interruption et de bonne foi exploiter le dit chemin, ainsi que la dite ligne télégraphique, qu'ils tiendront avec ses dépendances en bon état de service.

F. 1905 Declaratory Act

An Act respecting the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, S.C. 1905, c. 90

1. The railway of the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, hereinafter called "the Company," is declared to be a work for the general advantage of Canada.

F. Loi déclaratoire de 1905

Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, S.C. 1905, ch. 90

1. Le chemin de fer de la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, ci-après désignée sous le vocable «la Compagnie», est déclaré être une entreprise «à l'avantage général du Canada».

4. Nothing in this Act shall prejudicially affect the respective rights and liabilities of the province of British Columbia and of the Company, now existing or which heretofore existed by virtue of the provisions of the Act

4. Rien en la présente loi ne saurait porter atteinte aux droits et obligations qui existent aujourd'hui pour la province de la Colombie-Britannique et pour la Compagnie, ou qui existaient ci-devant pour elles en vertu des

of the Legislature of the said province, 47 Victoria, chapter 14 [the *Provincial Act*].

G. *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*

Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, c. 33

2. The Agreement, a copy of which forms the Schedule to this Act, is hereby ratified and confirmed and declared to be legal and binding upon His Majesty the King, the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, and the Canadian Pacific Railway Company, who are hereby authorized and empowered to do whatever is necessary to give full effect to the said Agreement, the provisions of which are to be taken as if they had been expressly enacted hereby and formed an integral part of this Act.

SCHEDULE.

. . .

3. The Company shall, on or before the thirty-first day of December, 1915, construct, complete, and thereafter continuously operate an extension of its main line northward from its present northerly terminus to a point at or near the Village of Courtenay.

H. *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3

2. (1) In this Act, and in any Special Act,

. . .

"Special Act", when used with reference to a railway, means any Act under which the company has authority to construct or operate a railway, or that is enacted with special reference to that railway, and includes

. . .

3. (1) Except as otherwise provided in this Act,

(a) this Act shall be construed as incorporated with the Special Act; and

(b) where the provisions of this Act and of any Special Act passed by Parliament relate to the same subject-matter, the provisions of the Special Act shall, in

dispositions de l'acte de la législature de la dite province, 47 Victoria, chapitre 14 [la *Loi provinciale*].

G. *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*

Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, ch. 33

[TRADUCTION] 2. La convention, ci-annexée, est ratifiée, confirmée et déclarée exécutoire pour Sa Majesté le Roi, la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo et la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique, lesquels sont par les présentes autorisés et habilités à faire tout ce qui est nécessaire pour mettre pleinement à exécution ladite convention, dont les dispositions doivent s'interpréter comme si elles avaient été explicitement adoptées aux présentes et comme si elles faisaient partie intégrante de la présente loi.

ANNEXE.

. . .

3. La Compagnie doit, le 31 décembre 1915 au plus tard, avoir construit et achevé, pour ensuite l'exploiter sans interruption, un prolongement de sa ligne principale vers le nord, depuis son terminus du nord actuel jusqu'à un point situé dans le village de Courtenay ou à proximité de celui-ci.

H. *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi ainsi qu'à toute loi spéciale.

. . .

«loi spéciale» Relativement à un chemin de fer, toute loi en vertu de laquelle la compagnie est autorisée à construire ou à exploiter un chemin de fer, ou toute loi édictée spécialement au sujet de ce chemin de fer. . .

. . .

3. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi:

a) cette dernière s'interprète comme étant incorporée à la loi spéciale;

b) lorsque les dispositions de la présente loi et celles d'une loi spéciale du Parlement se rapportent aux mêmes matières, les dispositions de la loi spéciale

so far as is necessary to give effect to the Special Act, be taken to override the provisions of this Act.

l'emportent sur les dispositions de la présente loi, dans la mesure nécessaire pour donner effet à cette loi spéciale.

7. Where any railway, the construction or operation of which is authorized by a Special Act passed by the legislature of any province, is declared by any Act of Parliament to be a work for the general advantage of Canada, this Act applies to the railway, and to the company constructing or operating it, to the exclusion of such of the provisions of the Special Act as are inconsistent with this Act, and in lieu of any general railway Act of the province.

7. Lorsque le Parlement déclare, par une loi, qu'un chemin de fer, dont la construction ou l'exploitation est autorisée par une loi spéciale de la législature d'une province, constitue un ouvrage à l'avantage général du Canada, la présente loi s'applique à ce chemin de fer et à la compagnie qui le construit ou qui l'exploite, à l'exclusion des dispositions de cette loi spéciale qui sont incompatibles avec la présente loi, et aux lieu et place de toute loi générale de la province concernant les chemins de fer.

268. . . .

(2) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, the Commission shall so order, and thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof, as the case may be, for the purpose of determining whether the passenger-train service should be discontinued

268. . . .

(2) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs ne doit pas cesser, elle prend une ordonnance à cet effet, puis réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois, selon le cas, aux fins de décider si l'exploitation du service de trains de voyageurs devrait cesser; . . .

270. (1) In this section,

"claim period" means, in relation to any uneconomic passenger-train service, the period

(a) beginning ninety days after the date the application to discontinue the service has been filed with the Commission in accordance with the rules and regulations of the Commission, and

(b) ending on the date fixed by the Commission, or as varied pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, for the discontinuance of the service or part thereof;

270. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«période de réclamation» Par rapport à un service non rentable de trains de voyageurs, la période:

a) qui commence quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la demande de suppression du service a été déposée à la Commission en conformité avec les règles et règlements de celle-ci;

b) qui se termine à la date fixée par la Commission, ou modifiée en conformité avec l'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, pour la suppression totale ou partielle du service.

(2) When an uneconomic service is being operated within a claim period, the company operating it may file a claim with the Commission for the amount of any actual loss of the company attributable to the service in any financial year of the company within the claim

(2) Lorsqu'un service non rentable est exploité au cours d'une période de réclamation, la compagnie qui l'exploite peut déposer à la Commission une demande de dédommagement du montant de toute perte réelle de la compagnie attribuable au service pour tout exercice

period, or, where only a part of a financial year is within the claim period, in that part thereof within the claim period.

I. *National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.)*

64. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of any party or person interested or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding on the Agency and on all parties.

III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court* (Esson C.J.)

With respect to the first petition brought by British Columbia (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, Esson C.J. found that Term 11 of the *British Columbia Terms of Union* is a skeletal constitutional provision that left much to be resolved between Canada and British Columbia. He recognized that neither Term 11 nor the Settlement Agreement of 1883 imposes an express obligation upon Canada to ensure continuous railway operation. He determined, however, that such an obligation could be properly inferred.

Esson C.J. noted that the only obligation to "continuously operate" the Island rail line is to be found in the Dunsmuir Agreement. He compared the language of that Agreement to the language used to describe a ferry service obligation in *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island*, [1978] 1 F.C. 533 (C.A.). He concluded that "a promise in the Terms of Union to 'continuously operate' can create a perpetual obligation" (p. 351). However, Esson C.J. indicated certain hurdles in the way of that conclusion: British Columbia "must satisfy the court that such an obligation on the part of Canada

de la compagnie compris dans la période de réclamation, ou, lorsqu'il n'y a qu'une partie d'un exercice comprise dans la période de réclamation, pour la partie de cet exercice comprise dans la période de réclamation.

I. *Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.)*

64. Le gouverneur en conseil peut à tout moment, à son appréciation, modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'une personne intéressée, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière; les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (le juge en chef Esson)

En ce qui concerne la première requête déposée par la Colombie-Britannique (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, le juge en chef Esson a conclu que l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* est une disposition constitutionnelle sommaire qui laissait beaucoup de points en suspens entre le Canada et la Colombie-Britannique. Il a reconnu que ni l'art. 11 ni la Convention fédérale-provinciale de 1883 n'impose au Canada une obligation explicite d'exploiter sans interruption une ligne de chemin de fer, mais il a décidé qu'on pouvait à bon droit en déduire l'existence.

Le juge en chef Esson a précisé que la convention Dunsmuir est le seul endroit où est mentionnée l'obligation [TRADUCTION] «d'exploiter sans interruption» la ligne de chemin de fer de l'Île. Il a comparé le texte de cette convention aux termes utilisés pour décrire une obligation de fournir un service de traversiers, dans l'arrêt *La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.). Il a conclu qu'[TRADUCTION] «une promesse, dans les Conditions de l'adhésion, d'«exploiter sans interruption» une ligne de chemin de fer peut créer une obligation perpétuelle» (p. 351). Cependant, le juge en

was created by the [Settlement Agreement of 1883] and, if it can, that it is enforceable on the same basis as an express term of the Terms of Union" (p. 351).

Esson C.J. proceeded to discuss two decisions which have interpreted the Settlement Agreement of 1883. He first considered *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (P.C.), rev'g (1887), 14 S.C.R. 345 ("*Precious Metals*" case). When that case was before this Court, Ritchie C.J. suggested that the 1883 Agreement was a statutory arrangement which gave effect to and carried out a "constitutional compact" (p. 358), and Gwynne J. characterized the Agreement as being in "the nature of a treaty between these two independent bodies" (p. 372). Esson C.J. contrasted these statements to the Privy Council approach *per* Lord Watson, who said that Term 11 "merely embodies the terms of a commercial transaction, by which the one Government undertook to make a railway, and the other to give a subsidy, by assigning part of its territorial revenues" (p. 304). Esson C.J. preferred the approach of this Court, suggesting that the Privy Council took a "crabbed" (p. 358) view of Term 11.

Esson C.J. then dealt with a second decision, the *E & N Reference* case. He first quoted with approval an *obiter* suggestion from Locke J. to the effect that "the [\$750,000 Settlement Agreement of 1883] subsidies were to be given to ensure not merely the construction of the railway and telegraph lines but also their operation in perpetuity" (p. 418 S.C.R.). He then pointed out that the Privy Council decision adopted the reasoning of O'Halloran J.A. from the British Columbia Court of Appeal, and suggested that the Privy Council thus

chef Esson a mentionné certains obstacles à une telle conclusion: la Colombie-Britannique [TRADUCTION] «doit convaincre le tribunal que [la Convention fédérale-provinciale de 1883] a imposé cette obligation au Canada, et, le cas échéant, que cette obligation est exécutoire au même titre qu'une disposition explicite des Conditions de l'adhésion» (p. 351).

Le juge en chef Esson a ensuite analysé deux arrêts consacrés à l'interprétation de la Convention fédérale-provinciale de 1883. Il a commencé par l'arrêt *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (C.P.), inf. (1887), 14 R.C.S. 345 («l'Arrêt sur les métaux précieux»). Au moment où notre Cour a été saisie de cette affaire, le juge en chef Ritchie a indiqué que la convention fédérale-provinciale de 1883 était un arrangement législatif qui mettait à exécution une [TRADUCTION] «entente constitutionnelle» (p. 358), et le juge Gwynne a dit que cette convention tenait [TRADUCTION] «de la nature d'un traité entre ces deux organismes indépendants» (p. 372). Le juge en chef Esson a opposé ces affirmations au point de vue du Conseil privé qui, par l'intermédiaire de lord Watson, avait affirmé que l'art. 11 [TRADUCTION] «englobe simplement les conditions d'une opération commerciale, en vertu de laquelle un palier de gouvernement s'est engagé à construire un chemin de fer, et l'autre, à accorder une subvention en cédant une partie de ses revenus territoriaux» (p. 304). Le juge en chef Esson a préféré le point de vue de notre Cour, laissant entendre que le Conseil privé avait adopté une position [TRADUCTION] «rébarbative» (p. 358) à l'égard de l'art. 11.

Le juge en chef Esson a ensuite examiné le *Renvoi E & N*. Il a tout d'abord cité en l'approuvant une suggestion incidente du juge Locke, selon laquelle [TRADUCTION] «la subvention [de 750 000 \$ prévue dans la Convention fédérale-provinciale de 1883] devait être accordée pour garantir non seulement la construction de lignes de chemin de fer et de télégraphe, mais aussi leur exploitation à perpétuité» (p. 418 R.C.S.). Il a ensuite fait ressortir que le Conseil privé avait adopté le raisonnement du juge O'Halloran de la

adopted the position that Canada had a constitutional obligation to construct the Island rail line.

The conclusions of Esson C.J. in respect of the constitutional argument are reflected in the following passages from his judgment (at pp. 359-60):

I regard the statement of O'Halloran J.A. as a finding that, despite the protestations of the Dominion at the time, the substance of the matter was that the Dominion did obligate itself to secure construction of the railway. Given all the circumstances existing in 1883, including the relatively local nature of the island railway and the structure of the transaction, I infer that the province relied upon the undertaking to operate continuously given to the Dominion as a benefit which the Dominion impliedly offered to maintain for the benefit of the province. I further conclude that the province, by carrying out its part of the bargain, particularly the very onerous terms relating to the land grant, bound the Dominion to carry out, as part of its bargain with the province, its obligation to ensure continuous operations.

I also conclude that the province is correct in maintaining that the effect of the events of 1905, which gave the Dominion regulatory powers as well as contractual rights against the railway company, strengthened the claim of the province to be able to require the Dominion to enforce the company's obligation. It follows that, in my view, it is not open to Canada to unilaterally exercise its regulatory powers to bring about a cessation of service, as it has purported to do by the [Order-in-Council P.C. 1989-1974].

Notably, since the events which allowed Esson C.J. to infer the perpetual obligation all occurred prior to the extension of the Island line to Courtenay in 1912, he declared that Canada had an obligation to ensure rail service in perpetuity only in respect of the Victoria to Nanaimo portion of the line.

In light of these constitutional conclusions, Esson C.J. dealt only briefly in the first petition with the statutory argument which is part of this

Cour d'appel de la Colombie-Britannique et laissé entendre que le Conseil privé avait ainsi adopté la position selon laquelle le Canada avait une obligation constitutionnelle de construire la ligne de chemin de fer de l' le.

Les conclusions que le juge en chef Esson a tirées relativement à l'argument constitutionnel se dégagent des passages suivants de son jugement (aux pp. 359 et 360):

[TRADUCTION] J'interprète les propos du juge O'Halloran comme une conclusion que le Dominion s'était fondamentalement engagé, malgré ses protestations à l'époque, à garantir la construction du chemin de fer. Compte tenu de toutes les circonstances qui existaient en 1883, notamment de la nature relativement locale du chemin de fer de l' le et de la structure de l'opération, je déduis que la province s'était fiée à l'engagement d'exploitation sans interruption, qui avait été pris envers le Dominion à titre d'avantage que celui-ci a implicitement offert de maintenir pour le bénéfice de la province. Je conclus aussi que la province, en s'acquittant de sa part du marché, particulièrement des conditions très onéreuses en matière de concession de terres, a contrain  le Dominion à respecter son obligation de garantir, en contrepartie du marché conclu avec la province, l'exploitation sans interruption du chemin de fer.

Je conclus également que la province a raison de soutenir que les répercussions des événements de 1905, qui ont permis au Dominion d'obtenir des pouvoirs de réglementation de la compagnie de chemin de fer, ainsi que des droits contractuels à son égard, ont renforcé la prétention de la province qu'elle pouvait exiger du Dominion qu'il exécute l'obligation de la compagnie.   mon avis, il s'ensuit que le Canada ne peut exercer unilatéralement ses pouvoirs de réglementation pour supprimer un service, comme il a entrepris de le faire au moyen du [décret C.P. 1989-1974].

Le juge en chef Esson a déclaré notamment que le Canada était tenu d'offrir à perpétuité un service ferroviaire seulement à l'égard de la ligne Victoria-Nanaimo puisque les événements qui lui avaient permis de conclure à l'existence d'une obligation perpétuelle étaient tous survenus avant le prolongement de la ligne jusqu'à Courtenay, en 1912.

Vu ces conclusions d'ordre constitutionnel, le juge en chef Esson n'a, dans le cadre de la première requête, que brièvement examiné l'argument

appeal. It is germane only to mention that Canada took the position before Esson C.J. that the Dunsmuir Agreement did not become part of the *Dominion Act* simply because it was "approved and ratified" by that Act. Esson C.J. responded (at p. 362):

In light of my conclusion that the agreement entered into between the Dominion and the province in 1883 has constitutional force, I doubt that this question is of much significance. In any event, I conclude that Sched. 1 to the 1884 Dominion Act is part of the statute. The cases relied on by the respondent do not deal with circumstances such as these in which the government is itself a party to the contract which is set out in the schedule. Perhaps more importantly, the contract in question has been held by cases of high authority to be part of the statute. See *Esquimalt & Nanaimo Ry. v. Treat*, [1919] 3 W.W.R. 356, 35 T.L.R. 737 at 738, 48 D.L.R. 139 (P.C.).

Finally, in the second petition brought by British Columbia (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, Esson C.J. addressed the administrative law issue arising out of P.C. 1990-21, which purports to order termination of passenger rail services on the Nanaimo to Courtenay extension. Although he held that the jurisdiction of the Governor General in Council under s. 64 of the *National Transportation Act*, 1987 is very broad, he nonetheless held that the jurisdiction has boundaries: "[o]ne is that the power is only to vary or rescind a decision, order, rule or regulation of the agency" (p. 278). Esson C.J. concluded that because the statutory five-year review did not occur, the effect "is simply to terminate the application of the railway to abandon" (p. 280). In the result, no order existed for the Governor in Council to vary. Esson C.J. held that P.C. 1990-21 was, therefore, *ultra vires*.

légal qui est également soulevé dans le présent pourvoi. Il est seulement pertinent de préciser que le Canada avait, devant le juge en chef Esson, adopté le point de vue selon lequel la convention Dunsmuir n'était pas devenue partie intégrante de la *Loi fédérale* simplement parce qu'elle avait été «approuvée et ratifiée» par cette loi. Le juge en chef Esson répond (à la p. 362):

[TRADUCTION] Puisque j'ai conclu que la convention signée en 1883 par le Dominion et la province a force constitutionnelle, je doute que cette question soit bien importante. Quoi qu'il en soit, je conclus que l'ann. 1 de la Loi fédérale de 1884 en fait partie. La jurisprudence invoquée par l'intimé n'a pas trait à des circonstances comme celles qui existent en l'espèce, dans lesquelles le gouvernement est lui-même partie au contrat annexé. Il est peut-être encore plus important de préciser que des tribunaux supérieurs ont jugé que le contrat en question faisait partie de la Loi. Voir l'arrêt *Esquimalt & Nanaimo Ry. c. Treat*, [1919] 3 W.W.R. 356, 35 T.L.R. 737, à la p. 738, 48 D.L.R. 139 (C.P.).

Enfin, pour ce qui est de la deuxième requête de la Colombie-Britannique (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, le juge en chef Esson a examiné la question de droit administratif découlant du décret C.P. 1990-21 qui a pour objet d'ordonner la suppression du service de trains de voyageurs entre Nanaimo et Courtenay. Tout en concluant que le gouverneur général en conseil possède une compétence très étendue en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le juge en chef Esson a néanmoins affirmé que cette compétence a des limites: [TRADUCTION] «[l]'une est qu'il n'a que le pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlement de l'office» (p. 278). Le juge en chef Esson a statué que l'omission d'effectuer l'examen quinquennal prescrit par la Loi a [TRADUCTION] «simplement pour effet de mettre un terme à la demande de suppression de service présentée par la compagnie de chemin de fer» (p. 280). En définitive, il n'existait aucune ordonnance que le gouverneur en conseil pouvait modifier. Le juge en chef Esson a statué que le décret C.P. 1990-21 était, en conséquence, *ultra vires*.

B. *British Columbia Court of Appeal (per curiam)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280

1. Constitutional Issue

Like Esson C.J., the Court of Appeal recognized that the constitutional argument could be made only in respect of the Victoria to Nanaimo portion of the rail line. The Court of Appeal embarked upon an extensive historical review, and agreed with Esson C.J.'s analysis and conclusions on the constitutional issue. The Court of Appeal then proceeded to give additional reasons.

The Court of Appeal found the 1883 arrangements to be constitutional rather than commercial in nature, in line with the Supreme Court of Canada (and not Privy Council) decision in the *Precious Metals* case. The Court of Appeal did not consider itself strictly bound by the Privy Council result, inasmuch as the case dealt not with railway operations but with land grants, and the court characterized the Privy Council decision as a "serious misapprehension of Canadian constitutional history" (p. 302). The *E & N Reference* case was cited as support for a broader approach to the 1883 arrangements.

The Court of Appeal considered a number of factors to be significant to its decision. These points of support can be briefly summarized as follows:

1. The 1873 designation of Esquimalt as the western terminus is evidence:
 - a. of constitutional intentions existing at that time,
 - b. that a tidewater terminus would not satisfy Term 11,
 - c. that the interpretation of "seaboard" in Term 11 should refer to economics and population.
2. British Columbia maintained the railway land reserve on the Island from an early date.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (per curiam)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280

1. Question constitutionnelle

À l'instar du juge en chef Esson, la Cour d'appel a reconnu que l'argument fondé sur la Constitution ne pouvait être soulevé que relativement à la ligne de chemin de fer Victoria-Nanaimo. La Cour d'appel a procédé à un examen historique approfondi et a souscrit à l'analyse et aux conclusions du juge en chef Esson relativement à la question constitutionnelle. La Cour d'appel a ensuite exposé des motifs supplémentaires.

Elle a conclu que les arrangements de 1883 étaient de nature constitutionnelle plutôt que commerciale, conformément à ce que la Cour suprême du Canada (et non le Conseil privé) avait décidé dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*. La Cour d'appel n'a pas jugé qu'elle était strictement liée par l'arrêt du Conseil privé puisqu'il portait non pas sur des opérations ferroviaires, mais sur des concessions de terres, et elle a qualifié l'arrêt du Conseil privé de [TRADUCTION] «grave erreur d'interprétation de l'histoire constitutionnelle canadienne» (p. 302). Elle a cité le *Renvoi E & N* à l'appui d'une interprétation plus large des arrangements de 1883.

La Cour d'appel a considéré qu'un certain nombre de facteurs étaient importants relativement à sa décision. Ces points d'appui peuvent être résumés brièvement ainsi:

1. La désignation en 1873 d'Esquimalt comme terminus de l'ouest est une preuve:
 - a. des desseins constitutionnels de l'époque,
 - b. qu'un terminus à la ligne de marée haute ne satisferait pas à l'art. 11,
 - c. que l'interprétation de l'expression «côte maritime» à l'art. 11 doit tenir compte de questions de nature économique et démographique.
2. La Colombie-Britannique a entrepris très tôt de réserver des terres pour le chemin de fer de l'île.

- | | |
|--|---|
| <p>3. Proposals early in 1874 for an immediate start on the island railway from Victoria to Nanaimo are indicative of Canada's constitutional intentions at the time.</p> <p style="text-align: right;">a</p> <p>4. A proposal by Lord Carnarvon in 1874 to expedite construction of the Esquimalt to Nanaimo portion of the rail line, although generally seen as a "compromise", is further evidence that Term 11 was intended to include a Vancouver Island railway.</p> <p style="text-align: right;">b</p> <p>5. Canada promised the E & N franchise to the Dunsmuir Syndicate before concluding the 1883 Settlement Agreement with British Columbia.</p> <p style="text-align: right;">c</p> <p>6. The 1883 arrangements included provisions relating to the mainland and island railways, and to the Peace River grant. The arrangements constituted an exercise in nation building.</p> <p style="text-align: right;">d</p> <p style="text-align: right;">e</p> <p>7. The parallel structure of the mainland and island railway provisions in the 1883 arrangements makes the two railways constitutionally indistinguishable.</p> <p style="text-align: right;">f</p> <p>8. The Dunsmuir Agreement includes a provision requiring the E & N Company to work the rail line continuously. This covenant was a crucial part of the arrangements. The constitutional nature of the interlocking arrangements entitles British Columbia to enforce them through Canada. This involves the "working out" of Term 11's skeletal terms.</p> <p style="text-align: right;">g</p> <p style="text-align: right;">h</p> <p style="text-align: right;">i</p> | <p>3. Les propositions faites au début de 1874 relativement à la construction immédiate du chemin de fer de l'île entre Victoria et Nanaimo montrent les desseins constitutionnels du Canada à l'époque.</p> <p>4. Une proposition de lord Carnarvon en 1874 visant à hâter la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo, quoique généralement considérée comme un «compromis», constitue une autre preuve que l'art. 11 visait à inclure un chemin de fer sur l'île de Vancouver.</p> <p>5. Le Canada a promis d'accorder la franchise E & N au consortium Dunsmuir avant de conclure la Convention fédérale-provinciale de 1883 avec la Colombie-Britannique.</p> <p>6. Les arrangements de 1883 comportaient des dispositions relatives aux chemins de fer continental et insulaire et au transfert de terres dans le district de la rivière de la Paix. Ces arrangements faisaient partie de la création d'un pays.</p> <p>7. La structure parallèle des dispositions relatives aux chemins de fer continental et insulaire, contenues dans les arrangements de 1883, fait qu'il est impossible, sur le plan constitutionnel, d'établir une distinction entre les deux chemins de fer.</p> <p>8. La convention Dunsmuir exige notamment de la Compagnie E & N qu'elle exploite sans interruption la ligne de chemin de fer. Cette exigence constituait un élément crucial des arrangements. En raison de la nature constitutionnelle de ces arrangements interdépendants, la Colombie-Britannique est habilitée à les faire exécuter par l'intermédiaire du Canada. Cela nécessite la «clarification» des termes sommaires de l'art. 11.</p> |
|--|---|

The Court of Appeal qualified the significance of these factors by observing that points (3) and (4) above may be ambiguous in meaning, and that points (5) to (8) may simply indicate the existence of negotiations intended to resolve a serious federal/provincial dispute.

j

La Cour d'appel a atténué l'importance de ces facteurs en faisant observer que les points 3 et 4 peuvent avoir un sens ambigu et que les points 5 à 8 peuvent simplement indiquer l'existence de négociations visant à résoudre un grave différend fédéral-provincial.

In general terms, the Court of Appeal concluded as follows with respect to the constitutional issue (at pp. 307-8):

Canada assumed a constitutional obligation to British Columbia, and indeed to all of Canada, to ensure the continuation of the arrangements made to carry the Terms of Union into effect for the benefit of all its citizens. It is untenable, in our view, to argue that Term 11 was spent once the last spike on the Mainland railway was driven.

In view of the history of the E. & N., it is equally untenable to argue that it stands upon a different constitutional footing from the railway on the Mainland. There was a constitutional impasse when Canada sought to limit its obligation under Term 11 to securing a line of rail to an almost unpopulated point on the Pacific coast. That impasse was resolved in 1883. In our judgment, the resolution agreed upon, structured as we have described, was a constitutional arrangement.

In our view, therefore, the arrangements for the construction and continuous working of the E. & N. railway from Esquimalt to Nanaimo are constitutional and cannot be changed without the consent of the province.

In so far as the Court of Appeal determined that the constitutional obligation owed by Canada could be modified with provincial consent, the Court of Appeal amended the declaration issued by Esson C.J., such that the obligation became characterized as "continuing" rather than "perpetual".

2. Statutory Interpretation Issue

Dealing with the statutory interpretation issue in the alternative, the Court of Appeal held that if Canada could constitutionally order rail service termination, special legislation would be required to achieve the result. The court recognized that under s. 3 of the *Railway Act*, a "special Act" takes precedence over the *Railway Act* in the event of conflict. The court held that "[t]he [*Dominion Act*] clearly falls within the definition of a Special Act" (p. 309). In effect, therefore, the Court of Appeal held that, if the obligation in the *Dunsmuir Agreement* to "operate continuously" could be considered part of the *Dominion Act* itself, it would not

De manière générale, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion suivante relativement à la question constitutionnelle (aux pp. 307 et 308):

[TRADUCTION] Le Canada a, envers la Colombie-Britannique et en fait envers tout le Canada, une obligation constitutionnelle de garantir le maintien des arrangements pris pour mettre en œuvre les Conditions de l'adhésion pour le bénéfice de tous ses citoyens. À notre avis, on ne saurait soutenir que l'art. 11 est devenu sans effet une fois planté le dernier clou sur les traverses du chemin de fer continental.

Compte tenu de l'historique de la ligne entre E. & N., il est également impossible de soutenir que, du point de vue constitutionnel, elle diffère du chemin de fer continental. Il y avait impasse constitutionnelle lorsque le Canada a cherché à limiter l'obligation, qui lui incombait en vertu de l'art. 11, d'établir une ligne de chemin de fer jusque dans une région presque inhabitée sur le littoral du Pacifique. Cette impasse s'est réglée en 1883. À notre avis, le règlement qui a été convenu, structuré comme nous l'avons décrit, constituait un arrangement constitutionnel.

Nous estimons donc que les arrangements pris pour construire et exploiter sans interruption la ligne E. & N. entre Esquimalt et Nanaimo sont de nature constitutionnelle et ne peuvent être modifiés sans le consentement de la province.

Dans la mesure où elle a décidé que l'obligation constitutionnelle du Canada pouvait être modifiée avec le consentement de la province, la Cour d'appel a modifié le jugement déclaratoire du juge en chef Esson, de manière à qualifier l'obligation de «continue» plutôt que «perpétuelle».

2. Question d'interprétation législative

Relativement à la question d'interprétation législative subsidiaire, la Cour d'appel a conclu que, si le Canada pouvait constitutionnellement ordonner la suppression du service de trains, il lui faudrait adopter une loi spéciale. La cour a reconnu qu'aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur les chemins de fer*, une «loi spéciale» a, en cas de conflit, préséance sur la *Loi sur les chemins de fer*. La cour a statué que [TRADUCTION] «[l]a [*Loi fédérale*] relève clairement de la définition d'une loi spéciale» (p. 309). En fait, la Cour d'appel a donc conclu que, s'il était possible de considérer que l'obligation d'«exploiter sans interruption» impo-

be possible to order rail service termination using the provisions of the *Railway Act* for support.

The Court of Appeal proceeded to ask whether the Dunsmuir Agreement, as a schedule to the *Dominion Act*, has statutory force. In pursuing legislative intent, the Court of Appeal recognized “the need not only for examination of each relevant provision of a statute, by itself and in context of the whole Act, but consideration also of the overall purpose of the statute” (p. 314).

As a general proposition, the Court of Appeal was of the view that the Dunsmuir Agreement was a critical part of the 1883 settlement, such that it “must have been intended to have statutory force” (p. 320). Support for this view was taken from *obiter* comments in *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139 (P.C.). In that case, Viscount Haldane observed in passing that the *Dominion Act* gave “statutory authority” (p. 140) to the Dunsmuir Agreement.

The Court of Appeal also supported its view of the Dunsmuir Agreement by reference to the 1905 *Declaratory Act* which declared the E & N line to be a work for the general advantage of Canada. Since, in s. 4 of that statute, the pre-existing rights and liabilities of both British Columbia and the E & N Company were expressly preserved, the Court of Appeal held that “Parliament guaranteed the continued operation of the obligations created by the [*Provincial Act*], including those contained in the Dunsmuir Agreement” (p. 321). The Court of Appeal tied the Dunsmuir Agreement obligations to the *Provincial Act* by noting that s. 9 of that Act “provides that the company will ‘work’ the railway” and by noting that s. 27 “binds the company to the provisions of the Dunsmuir Agreement” (p. 321).

The Court of Appeal thus concluded on the statutory interpretation issue that all of the provisions

sée dans la convention Dunsmuir fait partie de la *Loi fédérale* elle-même, on ne pourrait pas invoquer les dispositions de la *Loi sur les chemins de fer* pour ordonner la suppression d’un service ferroviaire.

La Cour d’appel s’est ensuite demandée si la convention Dunsmuir, annexée à la *Loi fédérale*, avait force de loi. En examinant l’intention du législateur, la Cour d’appel a reconnu [TRADUCTION] «la nécessité non seulement d’examiner chacune des dispositions pertinentes d’une loi, séparément et dans le contexte de l’ensemble de la loi, mais aussi de tenir compte de l’objet global de la loi en question» (p. 314).

En général, la Cour d’appel était d’avis que la convention Dunsmuir constituait une partie essentielle de la Convention fédérale-provinciale de 1883, de sorte qu’on [TRADUCTION] «doit avoir voulu qu’elle ait force de loi» (p. 320). Ce point de vue reposait sur des remarques incidentes dans l’arrêt *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. c. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139 (C.P.). Dans cet arrêt, le vicomte Haldane avait fait remarquer, en passant, que la *Loi fédérale* a conféré [TRADUCTION] «force de loi» (p. 140) à la convention Dunsmuir.

La Cour d’appel a également fondé sa perception de la convention Dunsmuir sur la *Loi déclaratoire de 1905* qui déclarait que la ligne E & N était une entreprise à l’avantage général du Canada. Étant donné que l’art. 4 de cette loi préservait expressément les droits et obligations préexistants de la Colombie-Britannique et de la Compagnie E & N, la Cour d’appel a conclu que [TRADUCTION] «le Parlement a garanti le maintien des obligations imposées par la [*Loi provinciale*], y compris celles contenues dans la convention Dunsmuir» (p. 321). La Cour d’appel a rattaché les obligations prévues dans la convention Dunsmuir à la *Loi provinciale*, en soulignant que l’art. 9 de cette loi [TRADUCTION] «prévoit que la compagnie procédera à l’exploitation» du chemin de fer et que l’art. 27 [TRADUCTION] «prévoit que la compagnie est liée par les dispositions de la convention Dunsmuir» (p. 321).

La Cour d’appel a ainsi conclu, relativement à la question d’interprétation législative, que la *Loi*

of the Dunsmuir Agreement were given statutory force by the *Dominion Act*. The court held, therefore, that the *Railway Act* could not permit a termination order in respect of the Island rail line. In reaching this conclusion, the court contrasted the potentially unprofitable character of the Island rail line with the generous extent of the railway land reserve. Notably, the provisions of the Schedule were held to have statutory force, even though five of the provisions were specifically repeated in the text of the *Dominion Act* itself.

3. Administrative Issue

Finally, the Court of Appeal turned to the administrative law issue. Canada argued before the Court of Appeal that a CTC (or NTA) order subsists as valid until varied or set aside because the CTC is a superior court of record. The Court of Appeal, however, noted that Esson C.J. had not characterized CTC Order R-36539 as void *ab initio*. Rather, the Court of Appeal held that the order was valid when it was made, but that it had simply lapsed (at pp. 327-28):

Whether the order was of a superior court of record or simply the order of a court of record with some of the powers of a superior court, the order, either by its terms, or by reason of the provisions of either of the above mentioned subsections of the *Railway Act, 1970*, or *1985* [subss. 260(8) and 268(2) respectively], expired five years after it was pronounced.

The court held that the purpose of the five-year review requirement in s. 268(2) of the *Railway Act* is to ensure that any review of a decision not to discontinue an uneconomic passenger-train service is "based upon information that [is] current and up-to-date" (p. 328). The court held that the five-year reconsideration requirement is a "fundamental and mandatory requirement of the regulatory system" (p. 330), and that failure to comply with the requirement cannot be considered a mere procedural error. The court stated that the authority of the Governor in Council to regulate railways is not absolute. It must be exercised within the limits of

fédérale avait conféré force de loi à toutes les dispositions de la convention Dunsmuir. La cour a donc conclu que la *Loi sur les chemins de fer* ne pouvait permettre d'ordonner la suppression du service ferroviaire de l'Île. En tirant cette conclusion, la cour a opposé la non-rentabilité potentielle de la ligne ferroviaire de l'Île à la généreuse étendue de terres qui avait été réservée à cette fin. Elle a statué notamment que les dispositions de l'annexe avaient force de loi, même si cinq d'entre elles se trouvaient expressément reprises dans la *Loi fédérale* elle-même.

3. Question de droit administratif

La Cour d'appel a finalement examiné la question de droit administratif. Le Canada a soutenu devant la Cour d'appel qu'une ordonnance de la CCT (ou un arrêté de l'ONT) demeure valide tant qu'elle n'est pas modifiée ou annulée parce que la CCT est une cour supérieure d'archives. Cependant, la Cour d'appel a fait remarquer que le juge en chef Esson n'avait pas dit que l'ordonnance R-36539 de la CCT était nulle *ab initio*. La Cour d'appel a plutôt statué que l'ordonnance était valide lorsqu'elle a été rendue, mais qu'elle était simplement devenue caduque (aux pp. 327 et 328):

[TRADUCTION] Qu'il s'agisse de l'ordonnance d'une cour supérieure d'archives ou simplement de l'ordonnance d'une cour d'archives dotée de certains pouvoirs d'une cour supérieure, elle a pris fin cinq ans après avoir été rendue, soit en raison de son propre texte soit en raison des paragraphes susmentionnés de la *Loi sur les chemins de fer* de 1970 ou de 1985 [par. 260(8) et 268(2) respectivement].

La cour a conclu que, l'exigence de réexamen à tous les cinq ans que l'on trouve au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* a pour objet d'assurer que tout examen d'une décision de maintenir un service de trains de voyageurs non rentable est [TRADUCTION] «fondée sur des renseignements à jour» (p. 328). La cour a statué que ce réexamen quinquennal constitue [TRADUCTION] «une condition fondamentale et impérative du système de réglementation» (p. 330), et que l'omission de la remplir ne saurait être considérée comme une simple erreur de procédure. La cour a dit que le pouvoir qu'a le gouverneur en conseil de réglementer

its Parliamentary grant. The court thus concluded that the variation order apparent in Order-in-Council P.C. 1990-21 is *ultra vires* the Governor in Council.

IV. Issues

The issues before this Court are the same three issues which were before the British Columbia Court of Appeal, namely:

1. Constitutional: Does Canada owe a continuing constitutional obligation to the province of British Columbia to ensure the maintenance of passenger and freight rail service on the E & N Railway between Victoria and Nanaimo?
2. Statutory Interpretation: If Parliament has jurisdiction to authorize the termination of rail service on the E & N Railway, does either the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, or the *National Transportation Act*, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), authorize the Governor in Council to exercise that jurisdiction, without further statutory authority?
3. Administrative: Was Order-in-Council P.C. 1990-21, enacted on January 11, 1990 (directing that passenger service on the E & N Railway between Nanaimo and Courtenay be discontinued) made without jurisdiction, and therefore *ultra vires* by reason of the failure of the NTA to conduct a five-year review of CTC Order R-36539?

As will be discussed in the following analysis, I am of the view that Canada does not owe a continuing constitutional obligation to British Columbia regarding the E & N Railway, that Parliament need not enact special legislation to order service termination on that railway, and that the impugned order of the Governor in Council was not *ultra vires* by

les chemins de fer n'est pas absolu. Il doit être exercé dans les limites que le Parlement a fixées en l'attribuant. La cour a ainsi conclu que l'ordonnance de modification qui se dégage du décret C.P. 1990-21 excède les pouvoirs du gouverneur en conseil.

IV. Les questions en litige

Notre Cour est saisie des trois mêmes questions que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, savoir:

1. Une question constitutionnelle: en vertu de la Constitution, le Canada a-t-il envers la province de la Colombie-Britannique une obligation continue d'assurer le maintien du service de trains de voyageurs et de marchandises sur la ligne E & N entre Victoria et Nanaimo?
2. Une question d'interprétation législative: si le Parlement a compétence pour autoriser la suppression du service ferroviaire sur la ligne E & N, le gouverneur en conseil est-il autorisé en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, ou de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), à exercer cette compétence, en l'absence de tout autre pouvoir légal?
3. Une question de droit administratif: le décret C.P. 1990-21, en date du 11 janvier 1990 (qui ordonnait la suppression du service de trains de voyageurs sur la ligne E & N entre Nanaimo et Courtenay), a-t-il été pris en l'absence de compétence et est-il donc *ultra vires* du fait que l'ONT n'a pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance R-36539 de la CCT?

Comme nous le verrons dans l'analyse qui suit, je suis d'avis que le Canada n'a pas, en vertu de la Constitution, une obligation continue envers la Colombie-Britannique relativement à la ligne E & N, que le Parlement n'a pas besoin d'adopter une loi spéciale pour ordonner la suppression de ce service ferroviaire et que le décret attaqué du gou-

reason of the failure of the NTA to conduct a five-year review of CTC Order R-36539.

V. Analysis

A. *The Constitutional Issue*

The required constitutional analysis begins with a recognition of the constitutional status of Term 11 of the *British Columbia Terms of Union*. Pursuant to s. 146 of the *Constitution Act, 1867* it was lawful for British Columbia to enter Canada upon terms which "shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland". Section 52(2) of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11, places the constitutional status of Term 11 beyond doubt. That section provides that the acts and orders listed in the Schedule to the *Constitution Act, 1982* are part of Canada's Constitution. The *British Columbia Terms of Union*, dated May 16, 1871, are listed as Item 4 in that Schedule.

The railway obligations placed upon Canada by Term 11 which are thus endowed with constitutional force are located principally in the first paragraph of the term which I repeat:

11. The Government of the Dominion undertake to secure the commencement simultaneously, within two years from the date of the Union, of the construction of a railway from the Pacific towards the Rocky Mountains, and from such point as may be selected, east of the Rocky Mountains, towards the Pacific, to connect the seaboard of British Columbia with the railway system of Canada; and further, to secure the completion of such railway within ten years from the date of the Union.

I must emphasize, at the outset, that in the express language of Term 11, there is no reference to railway operations, continuing, perpetual, or otherwise.

Faced with the language of Term 11, British Columbia's position might be summarized in the

verneur en conseil n'était pas *ultra vires* du fait que l'ONT n'a pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance R-36539 de la CCT.

a V. Analyse

A. *La question constitutionnelle*

L'analyse constitutionnelle requise commence par la reconnaissance du statut constitutionnel de l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*. Conformément à l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il était loisible à la Colombie-Britannique d'adhérer au Canada à des conditions qui «auront le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande». Le paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, écarte tout doute quant au statut constitutionnel de l'art. 11 puisqu'il prévoit que les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982* font partie de la Constitution du Canada. Les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, en date du 16 mai 1871, sont mentionnées au n° 4 de cette annexe.

Les obligations en matière de chemin de fer qui sont imposées au Canada et qui ont ainsi force constitutionnelle sont énoncées surtout dans le premier paragraphe de l'art. 11, que je reproduis:

11. Le gouvernement de la Puissance s'engage à faire commencer simultanément, dans les deux années de la date de l'Union, la construction d'un chemin de fer du Pacifique aux Montagnes-Rocheuses, et du point qui pourra être choisi, à l'est des Montagnes-Rocheuses, jusqu'au Pacifique, pour relier la côte maritime de la Colombie-Britannique au réseau des chemins de fer canadiens, — et de plus à faire achever ce chemin de fer dans les dix années de la date de l'Union.

Je dois souligner, au départ, que l'art. 11 ne fait nullement état d'exploitation de chemin de fer continue, perpétuelle ou autre.

Compte tenu du texte de l'art. 11, voici comment on pourrait résumer la position de la Colom-

following way. First, it is said that Term 11 is a skeletal provision, one which left much to be resolved between the province of British Columbia and the Dominion of Canada. Second, it is said that Canada breached the Term 11 obligation soon after 1871. In consequence of these two propositions, British Columbia asserts that all of the 1883 arrangements have constitutional force, since those arrangements effected a working out of the skeletal language of Term 11 and a resolution of Canada's constitutional breach position.

As to the characterization of Term 11 as a "skeletal" provision, I agree with British Columbia in so far as neither the route nor the terminus of the proposed railway could be known in 1871. The history of events between 1871 and 1883 clearly demonstrates the difficult resolution of these issues. The initial 1875 Vancouver Island land grants, for example, were clearly intended to uphold obligations in respect of the proposed route of 1873, but British Columbia felt free to renounce this grant once the route changed: S.B.C. 1882, c. 16; see also the *E & N Reference* case, *per* Bird J.A., at p. 1901 *B.C. Gazette*, and *per* Locke J., at p. 409 S.C.R. It was not until 1883 that the precise nature of the Term 11 obligation, in respect of land issues, took on a definite shape.

The Settlement Agreement of 1883 finally resolved the route and terminus difficulties, and it also resolved British Columbia's grievances in respect of the Esquimalt to Nanaimo line. The first three clauses of the Agreement speak to the concomitant resolution of land grant issues in respect of the mainland railway belt, an Island land grant, and the Peace River grant.

With particular regard to the Peace River grant, British Columbia asserts that the constitutional status of the 1883 arrangements cannot be narrowly confined to the language of Term 11. Term 11 suggests that the provincial land grant was to include only "contiguous" lands in the form of a railway

bie-Britannique. Premièrement, on dit que l'art. 11 est une disposition sommaire qui laissait beaucoup de points en suspens entre la province de la Colombie-Britannique et le Dominion du Canada. Deuxièmement, on affirme que le Canada a, peu après 1871, manqué à l'obligation qu'il avait en vertu de l'art. 11. À partir de ces deux affirmations, la Colombie-Britannique soutient que tous les arrangements de 1883 ont force constitutionnelle puisqu'ils venaient clarifier le texte sommaire de l'art. 11 et remédier au manquement du Canada à son obligation constitutionnelle.

Je suis d'accord avec la Colombie-Britannique pour dire que l'art. 11 peut être qualifié de disposition «sommaire» dans la mesure où on ne pouvait pas savoir en 1871 quel serait le parcours ou le terminus du chemin de fer proposé. La chronologie des événements entre 1871 et 1883 démontre clairement que ces questions ont été difficiles à résoudre. Par exemple, la concession initiale de terres sur l'île de Vancouver en 1875 visait nettement à maintenir des obligations relativement au projet de parcours de 1873; toutefois, la Colombie-Britannique s'est sentie libre de renoncer à cette concession lors du changement de parcours: S.B.C. 1882, ch. 16; voir aussi le *Renvoi E & N*, le juge Bird, à la p. 1901 *B.C. Gazette*, et le juge Locke, à la p. 409 R.C.S. Ce n'est qu'en 1883 que la nature précise de l'obligation imposée par l'art. 11 s'est fait jour relativement aux questions foncières.

La Convention fédérale-provinciale de 1883 a finalement résolu les difficultés en matière de parcours et de terminus ainsi que les récriminations de la Colombie-Britannique relativement à la ligne Esquimalt-Nanaimo. Les trois premières dispositions de cette convention portent sur le règlement concomitant des questions de concession de terres relativement à la zone de chemin de fer sur le continent, dans l'île et dans le district de la rivière de la Paix.

En ce qui concerne particulièrement la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix, la Colombie-Britannique affirme que le statut constitutionnel des arrangements de 1883 ne peut être strictement limité au texte de l'art. 11. Cet article laisse entendre que la concession de terres

belt. British Columbia says that the Peace River block was not contiguous to the mainland line, but has been treated as having a constitutional character. In particular, British Columbia argues that, once it was determined that Canada was overcompensated by the Peace River grant, a constitutional amendment was sought to effect restitution: *Constitution Act, 1930* (U.K.), 20 & 21 Geo. 5, c. 26 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26), Schedule, Item (4).

I do not believe that the non-contiguous nature of the Peace River grant, coupled with the events of 1930, advances British Columbia's position appreciably. To advance this belief, I need not quibble with the proposition that the Peace River grant and the original railway belt served similar functions historically. As understood in 1871, the grant of the railway belt to Canada was intended to counterbalance the enormous undertaking assumed by Canada. Term 11 characterized the land grants as being "in aid of the construction of the said railway", and this captures the flavour of the transaction.

This original understanding of the railway belt's role must be placed in context, however, since it was also understood, in 1871, that the mainland rail line would lead through Yellowhead Pass on its way to Bute Inlet, some distance north of Burrard Inlet, and that the railway belt would include fertile agricultural lands. Since the route ultimately selected led through Kicking Horse Pass, and since the railway belt was consequently surrounded by less valuable land, the Peace River grant may have responded, at least in part, to this discrepancy between expectation and reality. Like the Term 11 railway belt, therefore, the Peace River block may

provinciales devait comprendre seulement des terres «avoisnantes» sous la forme d'une zone de chemin de fer. La Colombie-Britannique affirme que le bloc de la rivière de la Paix n'était pas avoisinant à la ligne continentale, mais qu'il a été considéré comme ayant un caractère constitutionnel. En particulier, la Colombie-Britannique soutient que, lorsqu'on s'est rendu compte que le gouvernement fédéral avait été trop indemnisé par la concession des terres dans le district de la rivière de la Paix, on a demandé une modification de la Constitution pour qu'il y ait restitution: *Loi constitutionnelle de 1930* (R.-U.), 20 & 21 Geo. 5, ch. 26 (reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 26), annexe, n° (4).

Je ne crois pas que la concession de terres non avoisnantes dans le district de la rivière de la Paix, conjuguée aux événements de 1930, favorise sensiblement la position de la Colombie-Britannique. Pour affirmer cela, je n'ai pas à tergiverser sur la proposition voulant que les terres cédées dans le district de la rivière de la Paix et la zone initiale de chemin de fer visaient des fins historiquement similaires. Comme on l'avait compris en 1871, la concession de la zone de chemin de fer au Canada avait pour but de faire contrepoids à l'énorme engagement pris par le Canada. L'article 11 précisait que les terres étaient cédées «pour aider à la construction de ce chemin de fer», et c'est là l'essence de l'opération.

Cependant, il faut situer dans son contexte la conception initiale que l'on se faisait du rôle de la zone de chemin de fer, puisque l'on croyait également en 1871 que la ligne de chemin de fer continentale traverserait le passage Yellowhead, en direction de la baie Bute, à une certaine distance au nord de la baie Burrard, et que la zone de chemin de fer comprendrait des terres agricoles fertiles. Puisque le parcours finalement choisi traversait le passage Kicking Horse et que la zone de chemin de fer se trouvait donc entourée de terres d'une moins grande valeur, la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix peut avoir remédié, du moins en partie, à cette divergence entre les attentes et la réalité. En conséquence, comme la zone de chemin de fer visée à l'art. 11, le bloc de

have constituted aid for the "construction of the said railway".

The functional similarity I see between these two land grants is qualified only in this sense: the Peace River grant was effected by the Settlement Agreement of 1883, and not by Term 11. Therefore, it is not necessarily true that the Peace River grant was intended to be only "compensation" for the diminished value of the railway belt. The railway belt defined by Term 11 was granted "in aid of the construction of the said railway" (emphasis added). But by 1883, while the "said railway" could still be defined, different obligations on Canada's behalf had also arisen in respect of Vancouver Island. I will discuss my view of the Vancouver Island rail line in greater detail below. For the present, it is sufficient to observe that the Peace River grant undoubtedly "aided" the exercise of nation building, but its aid was not necessarily confined to the constitutional obligations of Term 11. 1883 involved other obligations which the Peace River block may have been intended to aid as well.

Leaving aside these nuances, I am willing to assume that the Peace River grant did nothing more than what British Columbia says it did, namely, that it shored up the diminished value of the Term 11 railway belt. In my opinion, however, this functional similarity between the railway-belt grant and the Peace River grant does not speak to the constitutionality of the latter. Instead, British Columbia can argue that the Peace River grant had constitutional status only because the grant was retransferred by way of Imperial instrument.

To respond to this point, which is the fulcrum of British Columbia's argument, I must note that the retransfer of lands in 1930 involved not only the

la rivière de la Paix pourrait bien avoir aidé «à la construction de ce chemin de fer».

La similitude pratique qui, à mon avis, existe entre ces deux concessions de terres n'est atténuée qu'en ce sens: les terres dans le district de la rivière de la Paix ont été cédées en vertu de la Convention fédérale-provinciale de 1883 et non pas de l'art. 11. En conséquence, il n'est pas nécessairement vrai que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix visait seulement à «compenser» la valeur moindre de la zone de chemin de fer. Selon l'art. 11, la zone de chemin de fer était cédée «pour aider à la construction de ce chemin de fer» (je souligne). Mais dès 1883, même s'il était encore possible de définir «ce chemin de fer», diverses obligations avaient été contractées pour le compte du Canada relativement à l'île de Vancouver. Je traiterai davantage plus loin de ma conception de la ligne de chemin de fer sur l'île de Vancouver. Il suffit, pour l'instant, de faire remarquer que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix a sans doute «aidé» à la création d'un pays, mais que l'aide apportée n'était pas nécessairement limitée aux obligations constitutionnelles visées à l'art. 11. La Convention fédérale-provinciale de 1883 comportait d'autres obligations que le bloc de la rivière de la Paix peut aussi avoir eu pour objet d'aider à satisfaire.

À part ces nuances, je suis disposé à tenir pour acquis que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix n'a rien fait de plus que ce qu'affirme la Colombie-Britannique, c'est-à-dire compenser la valeur moindre de la zone de chemin de fer visée à l'art. 11. Cependant, j'estime que cette similitude pratique entre la concession de la zone de chemin de fer et celle de terres dans le district de la rivière de la Paix n'établit pas la constitutionnalité de la seconde concession. La Colombie-Britannique peut plutôt soutenir que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix possédait un statut constitutionnel seulement parce que les terres ont fait l'objet d'une nouvelle cession par instrument impérial.

Pour répondre à ce point, qui est le nœud de l'argumentation de la Colombie-Britannique, je dois faire remarquer que la nouvelle cession de

Peace River block, but also the remaining unalienated railway belt itself. Although the latter conveyance clearly had constitutional dimensions, I am not inclined to endow the Peace River block with constitutional status simply by association. The Imperial character of the 1930 retransfer was demanded by some of its subject matter. That there may be a constitutional flavour about the remaining subject matter after 1930 says little about its flavour before that date. The lands granted pursuant to the clear language of Term 11 were "contiguous" lands. The treatment of the Peace River block in 1930 cannot alter the fact that the block does not comprise contiguous lands.

What is more, even if I were inclined to attribute a constitutional dimension to the Peace River block, I think the attribution would do little to assist British Columbia. The language of Term 11 contemplates a land transfer; it simply contemplates a transfer of "contiguous" land. If it were necessary to bring the Peace River block within this language, I might reason that, in 1871, it was generally understood that lands along a railway had recognized value. Thus, I could say that Term 11 spoke of "contiguous" lands to define the value of the land transaction for both parties. A necessary consequence of this reasoning would be that, once the route changed, a literal reading of the word "contiguous" would have frustrated the intention made evident by its inclusion. Thus, if it were necessary, and subject to the qualification offered later in these reasons, I could have invoked a "living tree" approach to constitutional interpretation to respond to the Peace River block: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

terres effectuée en 1930 englobait non seulement le bloc de terres dans le district de la rivière de la Paix, mais aussi le reste des terres non aliénées comprises dans la zone de chemin de fer. Bien que, dans le dernier cas, la concession ait clairement comporté des aspects constitutionnels, je ne suis pas porté à conférer, simplement par association, un statut constitutionnel au bloc de terres dans le district de la rivière de la Paix. C'est en raison de certaines terres faisant l'objet de la nouvelle cession de 1930 qu'il a fallu procéder par instrument impérial. Le fait que les autres terres ayant fait l'objet de cette cession aient peut-être eu un caractère constitutionnel après 1930 renseigne peu sur ce qu'était la situation avant cette date. Les terres cédées conformément au texte clair de l'art. 11 étaient des terres «avoisinantes». La façon dont on a traité en 1930 le bloc de terres dans le district de la rivière de la Paix ne saurait changer le fait que ce bloc ne comporte pas de terres avoisinantes.

Qui plus est, même si j'étais porté à reconnaître un aspect constitutionnel au bloc de la rivière de la Paix, cela n'aiderait pas vraiment, à mon avis, la Colombie-Britannique. L'article 11 prévoit une cession de terres; il envisage simplement une cession de terres «avoisinantes». S'il était nécessaire de dire que le bloc de la rivière de la Paix se trouvait visé par cette expression, je pourrais faire valoir que l'on savait généralement en 1871 que les terres situées le long d'une ligne de chemin de fer avaient une valeur reconnue. Je pourrais alors dire que l'art. 11 parlait de terres «avoisinantes» pour établir la valeur de l'opération foncière pour les deux parties. Ce raisonnement aurait nécessairement pour conséquence qu'une fois le parcours changé, une interprétation littérale du terme «avoisinantes» aurait contrecarré l'intention qui se dégageait de son inclusion. Donc, s'il avait été nécessaire de le faire et sous réserve de ce que j'affirme plus loin dans les présents motifs, j'aurais pu avoir recours à l'interprétation constitutionnelle par analogie à l'«arbre susceptible de croître» pour justifier la cession du bloc de terres dans le district de la rivière de la Paix: *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

But even this unnecessary extension of the living-tree doctrine has a foothold in Term 11 which I have already noted: Term 11 contemplates a land transfer. The language of Term 11 does not, however, contemplate an operational obligation of any kind. To read such an obligation in through the Settlement Agreement of 1883 would require development of some new doctrine, something more than a living-tree approach, which is not supported by the historical fact of the Peace River grant.

I need say nothing more to justify the conclusion that the Settlement Agreement of 1883 in some respects implemented the language of Term 11. To this extent only, I agree with British Columbia that Term 11 is skeletal in respect of certain land issues. Term 11 is skeletal only because the railway belt had to be marked out on the ground. Term 11 is not "skeletal" if that word implies the subsequent addition of a structure not defined by its terms. One senses that, in British Columbia's approach, the skeleton does not define the appearance of the species. However, as I will proceed to discuss, while the 1883 arrangements were an important way of giving Term 11 a precise meaning, the parties could not "work out" that which is not comprehended by Term 11 language, namely, an obligation in respect of railway operations.

It cannot be contended that either Canada or British Columbia was unaware, in 1871, of the distinction between constructing a railway, and operating a railway. A useful comparison exists in the Terms of Union which governed the entry of Prince Edward Island into Confederation in 1873 (*Prince Edward Island Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 12); see also *Constitution Act, 1982*, Schedule, Item 6):

That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.: —

Cependant, même cette application inutilement élargie du principe de l'arbre susceptible de croître possède à l'art. 11 une assise que j'ai déjà mentionnée: l'art. 11 envisage une cession de terres. Cependant, l'art. 11 ne prévoit aucune obligation d'exploiter le chemin de fer. Pour considérer que la Convention fédérale-provinciale de 1883 comporte une telle obligation, il faudrait concevoir un nouveau principe, quelque chose de plus qu'une interprétation par analogie à l'arbre susceptible de croître, ce que n'appuie pas le fait historique de la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix.

Je n'ai pas besoin de justifier davantage la conclusion que la Convention fédérale-provinciale de 1883 est venue mettre en œuvre à certains égards le texte de l'art. 11. Ce n'est que dans cette mesure que je suis d'accord avec la Colombie-Britannique pour dire que l'art. 11 constitue une disposition sommaire relativement à certaines questions foncières. L'article 11 n'est sommaire que parce qu'il fallait délimiter physiquement la zone de chemin de fer. L'article 11 n'est pas «sommaire» s'il implique l'ajout subséquent d'une structure qu'il ne définit pas. On sent que, selon cette interprétation que donne la Colombie-Britannique, une disposition sommaire ne détermine pas l'apparence du produit final. Toutefois, comme je vais l'analyser, bien que les arrangements de 1883 aient constitué une façon importante de donner un sens précis à l'art. 11, les parties ne pouvaient pas «clarifier» ce qui n'est pas compris dans l'art. 11, savoir l'obligation d'exploiter le chemin de fer.

On ne peut soutenir que le Canada ou la Colombie-Britannique ignorait, en 1871, la distinction qui existe entre la construction et l'exploitation d'un chemin de fer. On trouve une comparaison utile dans les conditions qui ont régi l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard à la Confédération en 1873 (*Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 12); voir aussi la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe, n° 6):

Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants:

Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion; [Emphasis added.]

In *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island*, *supra*, the Federal Court of Appeal effectively assumed that this clear language imposed upon Canada an operational obligation to ensure a service, and the court determined only how “continuous” that service must be. The contrast between this term, and British Columbia’s Term 11, is striking: where, in Term 11, is the operational reference to railway service?

Although constitutional terms must be capable of growth, constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question. As early as 1883, in interpreting s. 109 of the *Constitution Act*, 1867, it was recognized in *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767 (P.C.), by the Lord Chancellor (Earl of Selborne) at p. 778 that:

It is a sound maxim of law, that every word ought, *primâ facie*, to be construed in its primary and natural sense, unless a secondary or more limited sense is required by the subject or by the context.

Equally, at the same time as the “living tree” approach to constitutional interpretation was developed in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, *supra*, it was also said that “the question is not what may be supposed to have been intended, but what has been said” (*per* Lord Sankey L.C., at p. 137). In passing, I would not wish to be taken as having decided whether the other broad principles established in the *Edwards* case apply to specific agreements like Terms of Union, which were intended to settle specific problems.

Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l’Île et les côtes du Canada, l’été et l’hiver, assurant ainsi une communication continue entre l’Île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu’avec le réseau des chemins de fer du Canada; [Je souligne.]

Dans l’arrêt *La Reine du chef du Canada c. La Reine du chef de l’Île-du-Prince-Édouard*, précité, la Cour d’appel fédérale a effectivement tenu pour acquis que cette disposition imposait clairement au Canada une obligation d’assurer un service, et la cour a seulement déterminé comment «continu» devait être ce service. Il existe un contraste frappant entre cette disposition et l’art. 11 applicable à la Colombie-Britannique: où trouve-t-on dans l’art. 11 le renvoi à l’exploitation d’un service ferroviaire?

Bien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d’évoluer, l’interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l’examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause. Dès 1883, dans l’arrêt *Attorney-General of Ontario c. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767 (C.P.), prononcé par le lord chancelier (le comte de Selborne), à la p. 778, on avait reconnu, en interprétant l’art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que:

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit que chaque terme devrait, à première vue, être interprété dans son sens primaire et naturel, sauf si la matière ou le contexte nécessite qu’on lui attribue un sens secondaire ou plus restreint.

De même, parallèlement au développement de l’interprétation constitutionnelle par analogie à l’«arbre susceptible de croître» dans l’arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, précité, on a aussi affirmé qu’ [TRADUCTION] «il s’agit de savoir non pas ce qu’on a supposément voulu dire, mais bien ce qu’on a dit» (le lord chancelier Sankey, à la p. 137). En passant, je ne voudrais pas que l’on croie que je me suis prononcé sur l’applicabilité des autres grands principes formulés dans l’arrêt *Edwards* à certaines conventions comme les Conditions de l’adhésion, qui visaient à résoudre des problèmes spécifiques.

The interpretive process proposed by British Columbia denies the straightforward proposition that regard must first be had for the language of the provision to be interpreted. British Columbia asserts that because some aspects of Term 11 are skeletal, the whole of the railway obligation must be considered ambiguous. I have already noted that Term 11 is "skeletal" only in a very limited sense. Even if a much broader view were acceptable, however, what British Columbia invites this Court to do is to move beyond the language of Term 11 to the Settlement Agreement of 1883, from thence to the *Dominion Act*, and from thence to the Dunsmuir Agreement where, finally, an obligation in respect of operations will be located.

In response to British Columbia's invitation, it is useful to cite *Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 1 F.C. 129 (C.A.). In that case, the same *Prince Edward Island Terms of Union* already quoted were at issue. With reference to those terms, it was argued that Canada has a constitutional obligation to maintain or operate rail services on the Island. Writing for the Federal Court of Appeal, I stated (at pp. 136-37):

I do not find it necessary to deal with each of the imaginative steps along the interpretive journey mapped out by the appellant which leads to his constitutional destination. I say this for the reason that the Terms of Union do not require Canada to operate the railway in Prince Edward Island or to maintain and operate a rail link between the railway within Prince Edward Island and the railway on the mainland. This is acknowledged by counsel for the appellant, who also recognizes that what the Terms of Union expressly state is that the railway on the Island shall be the property of Canada and Canada will pay the cost of a service that will place the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion.

In my view, what the appellant is in effect arguing is that the Terms of Union are not clear on their face as shown by what he calls the poor drafting, brevity, disorganization and the like. To resolve the doubt one must discern an understanding that must be implied from the

Le processus d'interprétation proposé par la Colombie-Britannique rejette le principe simple selon lequel il faut d'abord tenir compte du texte de la disposition à interpréter. Selon la Colombie-Britannique, puisque certains aspects de l'art. 11 sont sommaires, il faut considérer comme ambiguë la totalité de l'obligation en matière ferroviaire. J'ai déjà fait remarquer que l'art. 11 n'est «sommaire» que dans un sens fort limité. Mais, même si une conception plus large était acceptable, ce que la Colombie-Britannique nous invite à faire est d'aller au-delà du texte de l'art. 11 de la Convention fédérale-provinciale de 1883, pour examiner la *Loi fédérale* et ensuite la convention Dunsmuir dans laquelle on finit par trouver une obligation d'exploiter.

Pour répondre à cette invitation de la Colombie-Britannique, il est utile de citer l'arrêt *Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 1 C.F. 129 (C.A.). Cet arrêt portait sur les *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, que j'ai déjà citées. On soutenait que le Canada avait l'obligation constitutionnelle de maintenir ou d'exploiter un service ferroviaire sur l'Île. J'ai affirmé, au nom de la Cour d'appel fédérale, aux pp. 136 et 137:

Je n'estime pas nécessaire de traiter de chacune des étapes astucieuses de l'interprétation des Conditions par lesquelles est passé l'appellant pour parvenir à sa destination constitutionnelle. Je dis ceci parce que les Conditions de l'adhésion n'exigent pas que le Canada exploite le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard ni qu'il maintienne et exploite une liaison ferroviaire entre le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard et le chemin de fer sur le continent. L'avocat de l'appellant en convient; il reconnaît également ce que les Conditions de l'adhésion disent expressément, c'est que le chemin de fer sur l'Île deviendra la propriété du Canada et que celui-ci se chargera des dépenses occasionnées par un service qui assurera une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial et le réseau des chemins de fer du Canada.

À mon avis, ce que soutient l'appellant en réalité, c'est que les Conditions de l'adhésion ne sont pas claires à première vue, comme le démontrent ce qu'il appelle leur mauvaise rédaction, leur brièveté, leur mauvais agencement et ainsi de suite. Pour dissiper le doute, il faut

circumstances at the time and the conduct of the parties since the Terms of Union were approved. I find this approach rather dangerous because it can easily lead to a rewriting of the Terms if not a slanting of the arrangement unjustifiably in favour of one side. But more fundamentally I think the appellant's approach is misguided because what is surely paramount is the meaning to be given to the words chosen by the parties in the Terms of Union.

In this respect, I do not agree that the words chosen were badly expressed or otherwise defective. In fact, I believe the relevant Terms of Union are clear in their intent and meaning and should be taken to express the agreement that was intended by the parties. In other words, there is no need to rely on the rules of statutory construction, extrinsic evidence, or legislative history when the language under consideration is clear.

In like manner, I suggest that the case made by British Columbia in this appeal is answered with relative ease. Term 11 is clear on its face: it imposed an obligation of construction on Canada, not an obligation of operation.

In passing, I add that British Columbia can take no support from my *obiter* statement in the *Prince Edward Island* case, to the effect that (at p. 139): "If an obligation to operate perpetually were intended, clear language to that effect would have been employed as was done, as Counsel for CN pointed out, in the 1883 B.C. railway settlement". Clearly, this statement was unnecessary to the decision in that case, and, even as *obiter*, it is qualified since I also stated (in footnote 14 at p. 139): "Without commenting on the correctness of [Esson C.J.'s first petition] decision, I would point out that the facts and language of the relevant enactments are materially different from those in the case at bar". Additionally, the comment only suggests that if perpetual railway operation was intended when Prince Edward Island joined Confederation, the Terms of Union could have used the kind of language used in the Dunsmuir Agreement. The comment in no way considers whether the language of

découvrir une entente implicite à même les circonstances à l'époque et le comportement des parties depuis l'adoption des Conditions de l'adhésion. Je trouve cette approche plutôt dangereuse car elle peut facilement mener à une nouvelle rédaction des Conditions, voire à un réaménagement qui en fausserait les termes au profit de l'une des parties. Mais, essentiellement, je juge erronée l'approche de l'appelant parce que ce qui importe sûrement le plus, c'est le sens à donner aux mots choisis par les parties dans les Conditions de l'adhésion.

À cet égard, je n'estime pas que les mots choisis sont mal exprimés ou laissent par ailleurs à désirer. De fait, je crois que le sens et l'intention des Conditions pertinentes de l'adhésion sont clairs et que ces dernières expriment l'accord qu'envisageaient les parties. En d'autres termes, point n'est besoin de recourir aux règles d'interprétation des lois, aux éléments de preuve extrinsèques ou aux antécédents législatifs lorsque le libellé à l'étude est clair.

De même, j'estime qu'on peut assez facilement répondre à l'argument avancé par la Colombie-Britannique. L'article 11 est clair à première vue: il impose au Canada une obligation de construire et non une obligation d'exploiter.

J'ajoute, en passant, que la Colombie-Britannique ne peut se fonder sur ma remarque incidente dans l'arrêt de l'*Île-du-Prince-Édouard* (à la p. 139), voulant que «[s]i l'on avait voulu que le Canada exploite le chemin de fer à perpétuité, on l'aurait dit en des termes clairs comme ce fut le cas, ainsi que l'a souligné l'avocat du CN, dans la convention de 1883 relative au chemin de fer de la Colombie-Britannique». De toute évidence, cette remarque n'était pas nécessaire pour régler le litige et, même en tant que remarque incidente, elle est nuancée puisque j'ai aussi affirmé (note 14, à la p. 139): «Sans faire de commentaires sur la justesse de cette décision [du juge en chef Esson sur la première requête], je soulignerais que les faits et les libellés des textes législatifs pertinents sont substantiellement différents de ceux qui nous concernent en l'espèce». En outre, ce commentaire laisse seulement entendre que si on avait voulu que le chemin de fer soit exploité à perpétuité lors de l'adhésion de l'*Île-du-Prince-Édouard* à la Confédération, on aurait pu utiliser dans les Conditions de l'adhésion des termes du genre de ceux utilisés dans la convention Dunsmuir. Le commentaire ne

the Dunsmuir Agreement has constitutional status itself.

Then British Columbia argues that a broader view of Term 11 must be adopted because, by 1883, Canada was in breach of its obligations under that term. That Canada was in breach is clear. Term 11 established that construction of the rail line was to be commenced within two years, and completed within ten years, of 1871. As the simple existence of the Settlement Agreement of 1883 points out, neither of these time frames for construction was observed.

It is equally clear, in my view, that construction delays gave rise to a legitimate grievance on the part of British Columbia, since the settlement and development of that province was intimately associated with the land grants contemplated by Term 11. Ample evidence of British Columbia's concern over the delay can be located in the Carnarvon Papers, published by the province in 1880. In particular, I note the 1878 petition by the British Columbia Legislative Assembly which requested the right to "withdraw from the Union" (Carnarvon Papers, No. 198) in the event that British Columbia's grievances could not be satisfied by Lord Carnarvon's 1874 proposal.

I do not discount the proposition repeatedly asserted in the reasons of the Court of Appeal, namely, that the 1883 arrangements were the culmination of a nation-building effort. I must plainly state, however, that such arrangements could not create obligations of a constitutional kind unless those obligations were already specifically envisioned by the terms of Term 11. To assert otherwise is to suggest that British Columbia and Canada — acting alone in 1883 — could agree upon, and give effect to, a constitutional amendment.

The manner in which Canada's Constitution could have been amended in 1883 is, or should be, trite law. Today, of course, the federal government

porte aucunement sur la question de savoir si la convention Dunsmuir a elle-même un statut constitutionnel.

La Colombie-Britannique soutient ensuite que l'art. 11 doit recevoir une interprétation plus large puisque, dès 1883, le Canada avait manqué aux obligations que lui imposait cette disposition. Il est évident que le Canada était en défaut. Aux termes de l'art. 11, la construction du chemin de fer devait commencer dans les deux années qui ont suivi 1871 et être achevée dans les dix années suivantes. Comme en témoigne la simple existence de la Convention fédérale-provinciale de 1883, ni l'un ni l'autre de ces échéanciers n'a été respecté.

À mon avis, il est également clair que les retards dans la construction ont donné lieu à des récriminations légitimes de la part de la Colombie-Britannique, puisque la colonisation et le développement de cette province étaient étroitement associés aux concessions de terres envisagées par l'art. 11. Les Carnarvon Papers, publiés par la province en 1880, témoignent amplement des préoccupations de la Colombie-Britannique quant au retard. Je souligne, en particulier, que l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique avait demandé en 1878 le droit de [TRADUCTION] «se retirer de l'Union» (Carnarvon Papers, n° 198) dans l'éventualité où la proposition soumise par lord Carnarvon en 1874 ne permettrait pas de répondre aux récriminations de la Colombie-Britannique.

Je ne fais pas abstraction de l'affirmation maintes fois répétée dans les motifs de la Cour d'appel, savoir que les arrangements de 1883 étaient l'aboutissement d'efforts de création d'un pays. Toutefois, je dois carrément affirmer que ces arrangements ne pouvaient créer des obligations de nature constitutionnelle, sauf si elles étaient déjà spécifiquement envisagées par le texte de l'art. 11. Prétendre le contraire revient à soutenir que la Colombie-Britannique et le Canada pouvaient, en 1883, s'entendre unilatéralement sur une modification de la Constitution et la mettre à exécution.

La manière dont la Constitution canadienne aurait pu être modifiée en 1883 est bien connue en droit ou devrait l'être. Il va sans dire que, de nos

and any affected provincial government can agree upon constitutional amendments which affect no other province pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*. Similarly, after 1949, amendment of the *Constitution Act, 1867* could occur without Imperial Parliament consent if the amendment involved modification of a purely federal power: *British North America (No. 2) Act, 1949* (U.K.), 13 Geo. 6, c. 81 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 33), repealed by *Constitution Act, 1982*, s. 53(1) and Schedule, Item 22; see *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54. Clearly, however, prior to 1949, constitutional amendments did require the participation of the Imperial Parliament, since the *Constitution Act, 1867* (then the *British North America Act, 1867*) was an Act of that Parliament. If authority for this simple proposition is desired, see *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, *supra*, at p. 60, and *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 802.

I am thus somewhat confounded by the argument which suggests that Canada and British Columbia, acting alone, could have made an agreement which had a "constitutional nature" in 1883 which was not specifically contemplated by Term 11. As already noted, I have no doubt of the importance of the provisions of the Settlement Agreement of 1883 to the process of nation building. As recognized by the Privy Council in the *E & N Reference* case, the "whole arrangement would have broken down" (p. 108) if the parties had refused to enact their respective obligations in the *Dominion and Provincial Acts*. However, to admit that nation building was at issue is to admit an historical, not a constitutional, fact. All constitutional amendments, perforce, can be considered acts of nation building. But not all acts of nation building, perforce, attain constitutional status.

jours, le gouvernement fédéral et tout gouvernement provincial concerné peuvent, en vertu de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, s'entendre sur des modifications de la Constitution qui ne touchent aucune autre province. De même, après 1949, il était possible de modifier la *Loi constitutionnelle de 1867* sans le consentement du Parlement impérial s'il s'agissait d'une modification touchant un pouvoir purement fédéral: *Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2), 1949* (R.-U.), 13 Geo. 6, ch. 81 (reproduit dans L.R.C. (1985), App. II, n° 33), abrogé par la *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 53(1), et annexe, n° 22; voir *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54. Mais de toute évidence, avant 1949, les modifications de la Constitution nécessitaient la participation du Parlement impérial puisque la *Loi constitutionnelle de 1867* (alors l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*) était une loi de ce parlement. Pour une justification de cette simple affirmation, voir le *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, précité, à la p. 60, et *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 802.

Je suis quelque peu déconcerté par l'argument selon lequel le Canada et la Colombie-Britannique auraient pu, en 1883, conclure unilatéralement une entente de «nature constitutionnelle» qui n'était pas spécifiquement nécessaire à la clarification du texte sommaire de l'art. 11. Comme je l'ai déjà fait remarquer, je ne doute aucunement de l'importance de la Convention fédérale-provinciale de 1883 dans le processus de création du pays. Comme l'a reconnu le Conseil privé, dans le *Renvoi E & N*, [TRADUCTION] «toute l'entente aurait échoué» (p. 108) si les parties avaient refusé d'édicter leurs obligations respectives dans la *Loi fédérale* et la *Loi provinciale*. Cependant, reconnaître que la création du pays était en cause revient à reconnaître un fait historique et non un fait de nature constitutionnelle. Toutes les modifications constitutionnelles peuvent forcément être considérées comme des actes de création d'un pays. Cependant, tous les actes de création d'un pays n'acquiescent pas forcément un statut constitutionnel.

Indeed, to put the matter as I understand it, the 1883 arrangements resolved a constitutional dispute, but that resolution was part constitutional, part political. The principal constitutional part has already been reviewed, that is, the implementation of Term 11 obligations through the resolution of land-grant issues. The political part, quite simply, is anything which is not specifically contemplated by the language of Term 11 of the *British Columbia Terms of Union*. For example, I would clearly place Canada's contribution of \$750,000 toward the Island rail line construction in this latter category: see clause (e) of the Settlement Agreement of 1883 and s. 3 of the *Dominion Act*. As recognized by the judgment of Rand J. in the *E & N Reference* case, there was indeed a "legitimate complaint on the part of the Province" (p. 436) in 1883, but the resulting arrangements were largely "political arrangements to be embodied in statutes" (p. 439).

I conclude, therefore, that if an obligation on behalf of Canada to operate the Vancouver Island rail line arose in 1883, that obligation resulted only from a political compromise intended to resolve a constitutional impasse. This is not to say that the 1883 arrangements lacked stability or importance. One need only consider the taxation collection agreements which have existed and do exist between the federal government and the provinces of Canada to realize that very stable political arrangements sometimes lack constitutional status: see G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 28.

Stated another way, I see no value in a constitutional argument which is not grounded in the language of the Constitution itself. It would be a vast extension of constitutional law to suggest that British Columbia and Canada could do anything but respond to such language in resolving the constitutional impasse which existed by 1883. As Profes-

En fait, si je comprends bien, les arrangements de 1883 ont réglé un différend en matière constitutionnelle, mais ce règlement était en partie de nature constitutionnelle et en partie de nature politique. On a déjà examiné le volet constitutionnel principal, c'est-à-dire la mise à exécution des obligations prévues à l'art. 11 par le règlement des questions de concession de terres. Le volet politique comprend tout simplement tout ce qui n'est pas spécifiquement envisagé par l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*. Par exemple, je classerais dans cette dernière catégorie la contribution de 750 000 \$ du Canada pour la construction de la ligne de chemin de fer de l'Île: voir l'al. (e.) de la Convention fédérale-provinciale de 1883 ainsi que l'art. 3 de la *Loi fédérale*. Comme l'a reconnu le juge Rand dans le *Renvoi E & N*, il y a effectivement eu, en 1883, [TRADUCTION] «des récriminations légitimes de la part de la province» (p. 436), mais les arrangements qui ont suivi étaient en majeure partie [TRADUCTION] «des arrangements politiques à incorporer dans des lois» (p. 439).

Je conclus donc que si le Canada avait, en 1883, l'obligation d'exploiter la ligne de chemin de fer de l'Île de Vancouver, cette obligation émanait seulement d'un compromis politique destiné à résoudre une impasse constitutionnelle. Cela ne veut pas dire que les arrangements de 1883 manquaient de stabilité ou d'importance. On n'a qu'à examiner les ententes en matière de perception d'impôt qui ont existé et qui continuent d'exister entre le gouvernement fédéral et les provinces canadiennes pour se rendre compte que, parfois, des arrangements politiques très stables n'ont pas de statut constitutionnel: voir G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 28.

En d'autres termes, je n'accorde aucune valeur à un argument fondé sur la Constitution, qui ne repose pas sur le texte même de la Constitution. Ce serait élargir considérablement la portée du droit constitutionnel que d'affirmer qu'en résolvant l'impasse constitutionnelle qui existait en 1883, la Colombie-Britannique et le Canada ne pouvaient

sor Hogg has recognized in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 9:

The definition of the "Constitution of Canada" in s. 52(2) is introduced by the word "includes". In general, in Canadian statutes, the word "includes" indicates that the definition is not exhaustive. The word "means" is customary for an exhaustive definition. But, considering the specificity of the list of Acts and orders, and the grave consequences (namely, supremacy and entrenchment . . .) of the inclusion of other instruments, surely no court would be so bold as to make additions to the 30 instruments in the schedule. It seems only realistic, therefore, to regard the definition as exhaustive, although it omits many instruments of importance to the government of Canada or the provinces. For example, the definition omits the pre-1867 instruments which governed the territory now forming part of Ontario and Quebec: the Royal Proclamation of 1763, the Quebec Act of 1774, the Constitutional Act of 1791 and the Union Act of 1840. Also excluded are the pre-1867 instruments which are still the constitutions of Nova Scotia (1749), Prince Edward Island (1769), New Brunswick (1784), Newfoundland (1832) and British Columbia (1866).

The argument of British Columbia runs contrary to the common sense notion expressed by Professor Hogg. Since there is no suggestion in the language of the Terms of Union that Canada has a continuing constitutional obligation to operate the Island rail line, British Columbia cannot assert that such an obligation, located in another instrument which is not itself constitutional, somehow attained constitutional status. It is not necessary, of course, to discount completely the possibility that documents not listed in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982* might yet be considered constitutional in certain contexts. That issue does not fall to be resolved in this case.

These comments are sufficient to dispose of the first issue. Nonetheless, I feel I must respond to certain arguments grounded in case law because of the reliance placed upon them in the courts below.

que réagir à ce texte. Comme l'a reconnu le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 9:

[TRANSDUCTION] La définition de l'expression «Constitution du Canada» au par. 52(2) est précédée du terme «comprend». En général, dans les lois canadiennes, le terme «comprend» indique que la définition n'est pas exhaustive. Le terme «désigne» précède habituellement une définition exhaustive. Cependant, compte tenu de la spécificité de la liste des textes législatifs et décrets, et des graves conséquences (savoir la primauté et la constitutionnalisation . . .) de l'inclusion d'autres instruments, il est certain qu'aucun tribunal n'aurait l'audace de faire des ajouts à la liste des 30 instruments énoncés dans l'annexe. En conséquence, il semble seulement réaliste de considérer la définition comme exhaustive, même si elle omet de nombreux instruments importants pour le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Par exemple, la définition ne mentionne pas les instruments antérieurs à 1867 qui régissaient le territoire qui fait maintenant partie de l'Ontario et du Québec: la Proclamation royale de 1763, l'Acte de Québec de 1774, la Loi constitutionnelle de 1791 et l'Acte d'Union de 1840. Sont également exclus des instruments antérieurs à 1867, toujours en vigueur: les constitutions de la Nouvelle-Écosse (1749), de l'Île-du-Prince-Édouard (1769), du Nouveau-Brunswick (1784), de Terre-Neuve (1832) et de la Colombie-Britannique (1866).

L'argument de la Colombie-Britannique va à l'encontre de la notion de bon sens formulée par le professeur Hogg. Puisque le texte des Conditions de l'adhésion ne laisse aucunement entendre que le Canada a une obligation constitutionnelle continue d'exploiter la ligne ferroviaire de l'Île, la Colombie-Britannique ne saurait soutenir qu'une telle obligation, formulée dans un autre instrument qui n'est pas lui-même constitutionnel, a d'une manière ou d'une autre acquis un statut constitutionnel. Il n'est certes pas nécessaire d'écarter complètement la possibilité que des documents non énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* puissent quand même être considérés comme constitutionnels dans certains contextes. Cette question n'a pas à être tranchée en l'espèce.

Ces commentaires suffisent pour trancher la première question. J'estime néanmoins nécessaire de répondre à certains arguments fondés sur la jurisprudence en raison de l'importance qui leur a été

In particular, extensive reference has been made to the *Precious Metals* case and the *E & N Reference* case already cited. I will comment upon each of these decisions in turn.

The controversy in the *Precious Metals* case concerned the nature of the land grant effected by the *Provincial Act*, and, in particular, s. 2 of that Act. Section 2 gave effect to British Columbia's obligation to convey a contiguous strip of land within the meaning of Term 11 of the Terms of Union. British Columbia and Canada went to court with a reference case to determine ownership of the precious metals beneath the railway belt. The precise issue to be determined was whether the grant from British Columbia to Canada was governed by the rule which governs Crown grants to private persons, "namely, that by a grant of land from the crown the precious metals would not pass unless the intention of the crown that they should pass was expressed in apt and precise words" (p. 357 S.C.R.).

Before this Court, the rule governing private grants was found to be inapplicable, and it was held that the provincial statute transferred mineral rights to Canada. There were two majority judgments. For Ritchie C.J., the following characterization of the grant was accepted (at pp. 357-58):

This is not to be looked upon as a transaction between the crown and a private individual, or to be governed by principles applicable to transfers between private parties. This was a statutory arrangement between the government of the Dominion and the government of British Columbia, in settlement of a constitutional question between the two governments, or rather, giving effect to, and carrying out, the constitutional compact under which British Columbia became part and parcel of the Dominion of Canada, and as a part of that arrangement the government of British Columbia relinquished to the Dominion of Canada . . . , all right to certain public lands belonging to the crown . . . ; it was a statutory transfer or relinquishment by the Province of British Columbia of the right of that province in or to such public lands to the Dominion of Canada, to be managed, controlled and dealt with by the Dominion government

accordée devant les tribunaux d'instance inférieure. En particulier, on a invoqué amplement l'*Arrêt sur les métaux précieux* et le *Renvoi E & N*, précités. Je vais les commenter à tour de rôle.

Dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*, la controverse portait sur la nature de la concession foncière visée par la *Loi provinciale* et, en particulier, l'art. 2 de cette loi qui mettait à exécution l'obligation de la Colombie-Britannique de céder une bande de terre avoisinante au sens de l'art. 11 des Conditions de l'adhésion. La Colombie-Britannique et le Canada ont, dans un renvoi, demandé aux tribunaux de déterminer qui était propriétaire des métaux précieux situés sous la zone de chemin de fer. Ce qu'il fallait décider précisément c'était si la concession faite par la Colombie-Britannique au Canada était régie par la règle applicable aux concessions faites par Sa Majesté à des particuliers, selon laquelle [TRADUCTION] «dans le cas d'une concession foncière faite par Sa Majesté, il n'y aura transfert des métaux précieux que si l'intention de Sa Majesté qu'ils soient transférés a été exprimée nettement et clairement» (p. 357 R.C.S.).

Notre Cour a conclu que la règle régissant les concessions à des particuliers n'était pas applicable et elle a statué que la loi provinciale transférerait au Canada les droits miniers. Cette affaire a donné lieu à deux décisions majoritaires. Le juge en chef Ritchie a accepté la qualification suivante de la concession (aux pp. 357 et 358):

[TRADUCTION] Il ne faut pas considérer qu'il s'agit d'une opération entre l'État et un particulier ni d'une opération régie par les principes applicables aux transferts entre particuliers. Il s'agissait d'un arrangement législatif entre le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique, qui visait à régler une question constitutionnelle entre les deux gouvernements, ou plutôt qui visait à mettre à exécution l'entente constitutionnelle en vertu de laquelle la Colombie-Britannique a adhéré au Dominion du Canada, et dans le cadre duquel, le gouvernement de la Colombie-Britannique a cédé au Dominion du Canada [. . .] tout droit sur certaines terres publiques qu'il détenait [. . .]; la province de la Colombie-Britannique avait, par un texte de loi, transféré ou cédé au Dominion du Canada son droit sur les terres publiques en cause, lesquelles seraient gérées et administrées par le gouvernement fédéral de la même

in as full and ample a manner as the provincial government could have done, had no such act been passed, and, in my opinion, having the same force and effect as if the British North America Act, instead of declaring that the several provinces should retain all their respective public property . . . and that all lands belonging to the several provinces should continue to belong to the several provinces, there had been engrafted thereon an exception of certain portions of such public lands which should belong to the Dominion government. [Emphasis added.]

In coming to the same conclusion, Gwynne J. (Taschereau J. concurring) held that the controlling feature on the facts was the intention of British Columbia and Canada at the time. For Term 11 purposes, Gwynne J. considered that Canada and British Columbia could be compared to independent actors on the international stage. He stated (at pp. 372-73):

The transaction thus authorized being of the nature of a treaty between these two independent bodies . . . the case must be regarded not at all in the light of a grant of land by the crown to a subject, but in the light of a treaty between the two independent contracting parties upon the faith of which alone the Province of British Columbia was received into and became part of the Dominion of Canada, and being given by the British North America Act the force of an act of parliament.

Gwynne J. held that the parties must have intended for Canada to have total control over the railway belt in order "to give effect to the condition upon which British Columbia was received into the union" (p. 386).

In quite short reasons, Lord Watson reversed the decision of this Court. Lord Watson obviously took issue with Gwynne J.'s characterization of Term 11 as embodying a treaty-like power. He stated (at pp. 303-4):

If the 11th Article of Union had been an independent treaty between the two Governments, which obviously contemplated the cession by the Province of all its interests in the land forming the railway belt, royal as well as territorial, to the Dominion Government, the conclusion

manière qu'aurait pu le faire le gouvernement de la province si cette loi n'avait pas été adoptée, et à mon avis, ce transfert a le même effet que si l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, plutôt que de déclarer que les diverses provinces devraient conserver la propriété de leurs terres publiques respectives [...] et que toutes leurs terres devraient continuer de leur appartenir, renfermait une exception relativement à certaines parties de ces terres publiques qui devraient appartenir au gouvernement fédéral. [Je souligne.]

Le juge Gwynne (avec l'appui du juge Taschereau) est arrivé à la même conclusion, affirmant que l'élément factuel déterminant était l'intention de la Colombie-Britannique et du Canada à l'époque. Pour les fins de l'art. 11, le juge Gwynne a considéré que le Canada et la Colombie-Britannique pouvaient être comparés à des acteurs indépendants sur la scène internationale. Il affirme, aux pp. 372 et 373:

[TRADUCTION] Étant donné que l'opération ainsi autorisée tenait de la nature d'un traité entre ces deux organismes indépendants [...] il faut considérer le dossier comme s'il s'agissait non pas d'une concession de terres faite par Sa Majesté à l'un de ses sujets, mais bien d'un traité entre deux parties contractantes indépendantes, sur la seule foi de quoi la province de la Colombie-Britannique a été admise dans le Dominion du Canada, et qui s'est vu conférer la force d'une loi du parlement par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Le juge Gwynne a conclu que les parties doivent avoir voulu que le Canada exerce un contrôle total sur la zone de chemin de fer afin [TRADUCTION] «de mettre à exécution la condition à laquelle la Colombie-Britannique a été admise dans l'union» (p. 386).

Dans des motifs fort brefs, lord Watson a infirmé la décision de notre Cour. Il n'était manifestement pas d'accord avec le juge Gwynne pour dire que l'art. 11 renfermait un pouvoir de conclure une sorte de traité. Il affirme, aux pp. 303 et 304:

[TRADUCTION] Si l'art. 11 des Conditions de l'adhésion avait constitué un traité indépendant entre les deux gouvernements, dans lequel on aurait de toute évidence envisagé la cession au gouvernement fédéral par la province de tous ses droits sur les terres formant la zone de

of the Court below would have been inevitable. But their Lordships are unable to regard its provisions in that light. The 11th article does not appear to them to constitute a separate and independent compact. It is part of a general statutory arrangement, of which the leading enactment is, that, on its admission to the Federal Union, British Columbia shall retain all the rights and interests assigned to it by the provisions of the British North America Act, 1867, which govern the distribution of provincial property and revenues between the Province and the Dominion; the 11th article being nothing more than an exception from these provisions. The article in question does not profess to deal with *jura regia*; it merely embodies the terms of a commercial transaction, by which the one Government undertook to make a railway, and the other to give a subsidy, by assigning part of its territorial revenues. [Emphasis added.]

The language used by Lord Watson in this passage is troubling. If Lord Watson meant to suggest that Term 11 is simply a commercial and not a constitutional provision, then the judgment of the Privy Council must be regarded as having been rendered *per incuriam* for reasons I have already noted. If, then, Lord Watson erred in this fashion, the Court of Appeal below was correct to assert that the Privy Council “seriously misapprehended” (p. 302) Canadian history and the learned trial judge was correct to refer to its “crabbed” (p. 358) view of Term 11 (assuming without deciding that, as a matter of *stare decisis*, either court had sufficient justification to ignore the perceived authority of the Privy Council).

In any event, I prefer to advocate a more generous view of Lord Watson’s reasons. Although Lord Watson held that Term 11 “merely embodies the terms of a commercial transaction”, I do not believe he meant to assert that those terms were not, in themselves, of constitutional stature. Rather, I believe that Lord Watson intended to circumscribe the reasons of Gwynne J. Read expansively, Gwynne J.’s reasons might suggest that Term 11 authorizes treaty-making not confined by

chemin de fer, qu’il s’agisse de droits découlant d’une prérogative royale ou de droits en matière territoriale, la Cour suprême n’aurait pu conclure autrement qu’elle l’a fait. Toutefois, leurs seigneuries sont incapables de percevoir ses dispositions sous cet angle. L’article 11 ne leur paraît pas constituer une entente distincte et indépendante. Il fait partie d’un arrangement législatif général, dont la disposition principale prévoit que la Colombie-Britannique conserve, au moment de son admission dans la Fédération, tous les droits et intérêts qui lui ont été attribués par l’Acte de l’Amérique du Nord britannique de 1867, qui régit le partage des biens et revenus provinciaux entre la province et le Dominion; l’article 11 ne constitue qu’une exception à ces dispositions. L’article en question ne porte pas sur les droits découlant d’une prérogative royale; il englobe simplement les conditions d’une opération commerciale en vertu de laquelle un palier de gouvernement s’est engagé à construire un chemin de fer, et l’autre, à accorder une subvention en cédant une partie de ses revenus territoriaux. [Je souligne.]

Lord Watson utilise dans ce passage des termes troublants. S’il a voulu dire que l’art. 11 constitue simplement une disposition commerciale et non constitutionnelle, il faut alors considérer que le Conseil privé a rendu une décision par inadvertance pour les motifs que j’ai déjà mentionnés. Alors, si lord Watson a commis pareille erreur, la Cour d’appel a eu raison de soutenir que le Conseil privé avait commis une [TRADUCTION] «grave erreur d’interprétation» (p. 302) de l’histoire constitutionnelle canadienne et le juge de première instance a eu raison de dire que le Conseil privé avait adopté une position [TRADUCTION] «rébarbative» (p. 358) à l’égard de l’art. 11 (en supposant sans en décider que, du point de vue de la *stare decisis*, l’un ou l’autre tribunal était suffisamment justifié d’ignorer l’autorité perçue du Conseil privé).

Quoi qu’il en soit, je préconise une interprétation plus libérale des motifs de lord Watson. Bien que celui-ci ait conclu que l’art. 11 [TRADUCTION] «englobe simplement les conditions d’une opération commerciale», je ne crois pas qu’il a voulu dire que ces conditions n’avaient pas de statut constitutionnel en soi. Je crois plutôt que lord Watson a voulu circonscrire les motifs du juge Gwynne. Si on les interprète de façon libérale, ces motifs pourraient laisser entendre que l’art. 11

the language of Term 11 itself. I believe Lord Watson's statement is grounded in s. 146 of the *Constitution Act, 1867*, which states in part that Terms of Union could only be "subject to the Provisions of this Act". In other words, a meaning for Term 11 could not have been negotiated by Canada and British Columbia in contravention of the *Constitution Act, 1867* itself, so as to extend unjustifiably the reach of the Terms of Union.

This interpretation makes Lord Watson's reasons intelligible. He proceeded from his allegedly narrow view of Term 11 to decide that the word "lands" as used in Term 11 connotes only certain necessary incidents of land, such as mines and minerals. According to Lord Watson, "jura regalia [Royal rights] are not accessories of land" (p. 305). Lord Watson then viewed Term 11 in the context of the *Constitution Act, 1867*, and, in particular, in light of the fact that "Royalties" belong to the provinces by virtue of s. 109. In the absence of any clear reason to suppose precious metals were intended to pass with the provincial transfer, a pre-eminent effect was given to s. 109, undoubtedly because of s. 146 of the *Constitution Act, 1867*. Looking back to the long passage quoted from Lord Watson above, it becomes especially relevant to note the distinction drawn between rights "royal as well as territorial". In my view, if royalties received the exceptional treatment I have described in the *Precious Metals* case, that treatment would be entirely consistent with the Privy Council's approach to the topic: see G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at pp. 79-83.

However, regardless of the view which is taken of the Privy Council decision in the *Precious Metals* case, it should be clear that there is nothing

autorise la conclusion de traités non limitée par le texte même de l'art. 11. À mon avis, les propos de lord Watson se fondent sur l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit notamment que les Conditions de l'adhésion doivent être établies «conformément aux dispositions de la présente loi». En d'autres termes, le Canada et la Colombie-Britannique n'auraient pu négocier une interprétation de l'art. 11, qui aurait été contraire à la *Loi constitutionnelle de 1867* elle-même, de manière à élargir indûment la portée des Conditions de l'adhésion.

Une telle interprétation nous permet de comprendre les motifs de lord Watson. Il s'est fondé sur son interprétation soi-disant restrictive de l'art. 11 pour décider que le mot «terres» utilisé à l'art. 11 suggère seulement certains accessoires nécessaires des terres, comme les mines et les minéraux. Selon lord Watson, [TRADUCTION] «les jura regalia [les droits découlant de la prérogative royale] ne sont pas l'accessoire des terres» (p. 305). Lord Watson a ensuite examiné l'art. 11 dans le contexte de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, particulièrement, à la lumière du fait que les «redevances» appartiennent aux provinces en vertu de l'art. 109. Comme il n'existait aucune raison précise de supposer qu'on a voulu que les métaux précieux soient inclus dans le transfert de terres effectué par la province, on a donné à l'art. 109 un effet prééminent, sans doute à cause de l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si l'on retourne au long extrait tiré des motifs de lord Watson, il devient tout à fait pertinent de relever la distinction entre les «droits découlant d'une prérogative royale [et les] droits en matière territoriale». À mon avis, si les redevances ont reçu, dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*, le traitement exceptionnel que j'ai décrit, ce traitement serait tout à fait compatible avec la façon dont le Conseil privé a abordé le sujet: voir G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), aux pp. 79 à 83.

Toutefois, quelle que soit l'opinion adoptée quant à la décision du Conseil privé dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*, il devrait être évident que

about that case which assists British Columbia in any way in this appeal. I have already conceded that, in respect of the kind of land issues discussed in the case, the 1883 arrangements did constitute a "carrying out [of] the constitutional compact" evident in the Terms of Union, as Ritchie C.J. suggested in the decision of this Court. 1883 implemented 1871. However, to the extent that either the parties or the courts below dispute whether the *Precious Metals* case is authority for the constitutional character of the 1883 arrangements *in toto*, the dispute demonstrates a logical error. That error exists in the assumption that the arrangements were either wholly geared toward constitutional implementation, or wholly geared toward commerce.

At issue in the *E & N Reference* case was s. 22 of the *Provincial Act*. Pursuant to s. 22, British Columbia enacted as follows:

22. The lands to be acquired by the company from the Dominion Government for the construction of the Railway shall not be subject to taxation, unless and until the same are used by the company for other than railroad purposes, or leased, occupied, sold, or alienated.

As a result of a 1945 Commission appointed to inquire into the forest resources of British Columbia and legislation relating thereto, the courts were asked to determine whether British Columbia could levy a certain form of tax against the E & N Company. This determination required a number of issues to be examined, but, for present purposes, it is sufficient to state that the courts were asked whether British Columbia and the E & N Company were united in contract with respect to the s. 22 obligation.

In the reasons of the British Columbia Court of Appeal, attention must be paid only to the reasons of O'Halloran J.A. O'Halloran J.A. concluded there was no privity of contract between the E & N Company and British Columbia relevant to the taxation issue. He held that the Dunsmuir Agreement was a contract between Canada and the Dunsmuir Syndicate (later the E & N Company), and that the

cet arrêt n'est d'aucun secours pour la Colombie-Britannique. En ce qui concerne le type de questions foncières analysées dans cet arrêt, j'ai déjà reconnu que les arrangements de 1883 «mett[aient] à exécution l'entente constitutionnelle» qui ressortait des Conditions de l'adhésion, comme le juge en chef Ritchie l'a affirmé dans l'arrêt de notre Cour. Les arrangements de 1883 mettaient en œuvre les conditions de 1871. Cependant, dans la mesure où les parties ou les tribunaux d'instance inférieure se demandent si l'*Arrêt sur les métaux précieux* établit que les arrangements de 1883 sont en totalité de nature constitutionnelle, ils commettent une erreur sur le plan logique. Il est erroné de supposer que ces arrangements étaient soit en totalité axés sur la mise en œuvre de textes constitutionnels, soit en totalité axés sur le commerce.

Le Renvoi *E & N* portait sur l'art. 22 de la *Loi provinciale* de la Colombie-Britannique, qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] 22. Les terres que la compagnie doit acquérir du gouvernement fédéral pour la construction du chemin de fer sont exemptées d'impôt, sauf si la compagnie les utilise à d'autres fins, ou encore si elles sont louées, occupées, vendues ou cédées.

À la suite d'une Commission chargée en 1945 d'examiner la question des ressources forestières de la Colombie-Britannique et des textes législatifs s'y rapportant, on a demandé aux tribunaux de déterminer si la Colombie-Britannique pouvait assujettir la Compagnie E & N à une certaine forme d'impôt. De nombreuses questions ont alors dû être examinées, mais, pour les fins du présent pourvoi, il suffit de préciser que les tribunaux étaient appelés à déterminer si la Colombie-Britannique et la Compagnie E & N se trouvaient liées par un contrat relativement à l'obligation imposée à l'art. 22.

Dans les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, il ne faut prêter attention qu'à l'opinion du juge O'Halloran. Le juge a conclu qu'il n'y avait pas entre la Compagnie E & N et la Colombie-Britannique de lien de droit contractuel pertinent en ce qui concernait la question de la taxation. Il a conclu que la convention Dunsmuir était un contrat entre le Canada et le consortium

1883 Settlement Agreement (and *Dominion and Provincial Acts*) involved an agreement between Canada and British Columbia. O'Halloran J.A. specifically rejected the argument that s. 22 of the *Provincial Act* could be viewed as an offer from British Columbia to the E & N Company which was accepted through the latter's construction of the rail line. On this point, he stated (at p. 1888):

In my opinion, . . . the Provincial "draft bill" containing section 22 . . . was not an offer by the Province to the contractors, but was in historical truth an acceptance by the Province of the offer the Dominion made to the Province . . . , and which acceptance the Dominion produced to the contractors . . . to induce them to enter into the agreement with the Dominion of that date to build the railway, and as an assurance to the contractors that the Dominion could and would carry out the terms of the agreement it was then negotiating with them.

As a further point of analysis, O'Halloran J.A. examined in some detail the dealings among Canada, British Columbia, and the railway contractors. He took issue with the suggestion that British Columbia had dealt directly with the railway contractors in the following terms (at p. 1889):

It was the obligation of the Dominion under the Terms of Union and embodied in its offer to the Province of 5 May, 1883, that it would secure the construction of the railway. The Province since 1871 had been holding the Dominion firmly to that obligation, and it is inconsistent with the historical setting and the trend of events to suggest now, that the Province in 1883 suddenly embarked on a course of conduct which would have relieved the Dominion from that obligation.

In a similar vein, O'Halloran J.A. examined whether the contractors believed themselves to be negotiating directly with British Columbia. He stated (at p. 1892):

In the historical setting of the events which occurred the contractors could not fail to realize that the Province could not assume responsibility for the construction of

Dunsmuir (plus tard la Compagnie E & N), et que la Convention fédérale-provinciale de 1883 (ainsi que la *Loi fédérale* et la *Loi provinciale*) comportait une entente entre le Canada et la Colombie-Britannique. Le juge O'Halloran a expressément rejeté l'argument selon lequel l'art. 22 de la *Loi provinciale* pouvait être considéré comme une offre faite par la Colombie-Britannique à la Compagnie E & N, que cette dernière a acceptée en construisant la ligne de chemin de fer. Sur ce point, il dit (à la p. 1888):

[TRADUCTION] À mon avis, [. . .] «l'avant-projet de loi» provincial comprenant l'art. 22 [. . .] ne constituait pas une offre faite aux entrepreneurs par la province, mais constituait, à vrai dire d'après l'histoire, une acceptation par la province de l'offre que le Dominion lui avait faite [. . .]; le Dominion a ensuite présenté cette acceptation aux entrepreneurs [. . .] pour les inciter à conclure avec le gouvernement de l'époque l'entente pour la construction du chemin de fer, ainsi qu'à titre de garantie offerte aux entrepreneurs que le Dominion pouvait exécuter et exécuterait les conditions de l'entente négociée avec eux.

Comme autre point d'analyse, le juge O'Halloran a examiné de façon assez détaillée les rapports entre le Canada, la Colombie-Britannique et les entrepreneurs ferroviaires. Il n'était pas d'accord avec l'idée que la Colombie-Britannique avait fait directement affaire avec les entrepreneurs ferroviaires (à la p. 1889):

[TRADUCTION] En vertu des Conditions de l'adhésion, le Dominion avait l'obligation de garantir la construction du chemin de fer, comme en témoigne l'offre qu'il a faite à la Province le 5 mai 1883. Depuis 1871, la Province avait fermement exigé du Dominion qu'il s'acquiesce de cette obligation et il est incompatible avec le contexte historique et la tournure des événements de soutenir maintenant que la Province a soudainement, en 1883, adopté une ligne de conduite qui aurait dégagé le Dominion de cette obligation.

Dans le même sens, le juge O'Halloran a examiné si les entrepreneurs croyaient eux-mêmes négocier directement avec la Colombie-Britannique. Il dit (à la p. 1892):

[TRADUCTION] Dans le contexte historique des événements survenus, les entrepreneurs n'étaient pas sans savoir que la Province ne pouvait assumer la responsabilité

the railway, for that was the obligation of the Dominion under the Terms of Union, and the failure to carry out that obligation had been the cause of much bitterness and agitation in the Province. It would be plain to the contractors, moreover, that the Dominion was contracting with them as principal and not as agent or trustee for the Province.

O'Halloran J.A. concluded that British Columbia dealt only with Canada, that British Columbia gave Canada what the latter wanted for the railway contractors, and that British Columbia did not deal with the contractors.

This Court reversed the British Columbia Court of Appeal. A contract was found, although three rather difficult sets of reasons were delivered, and several *obiter* statements were made.

For Locke J. (Kerwin J. concurring), it was not possible to locate any contractual relationship between British Columbia and the proposed contractor (i.e., the Dunsmuir Syndicate) from the course of dealings which preceded the *Provincial Act*. However, a contract could be found between the province and the E & N Company because of the *Provincial Act* itself. Locke J. held that pursuant to s. 9 of that Act, the E & N Company was to "lay out, construct, equip, maintain, and work" the rail line. He connected that obligation to s. 27, which provides that the E & N Company "shall be bound by any contract or agreement for the construction of the Railway from Esquimalt to Nanaimo which shall be entered into" between the Dunsmuir Syndicate and Canada. Canada was seen to be a trustee which conveyed consideration from British Columbia to the contractor. On this basis, the E & N Company could enforce the tax exemption.

It is notable that Locke J. considered the *quid pro quo* for the E & N Company's ability to enforce the tax exemption to be that British

lité de la construction du chemin de fer, puisque c'était le Dominion qui était tenu de le faire en vertu des Conditions de l'adhésion, et que l'inexécution de cette obligation avait été à l'origine de beaucoup d'amertume et d'agitation dans la Province. D'ailleurs, il était clair pour les entrepreneurs que le Dominion concluait avec eux un contrat en tant que mandant et non en tant que mandataire ou fiduciaire de la Province.

Le juge O'Halloran a conclu que la Colombie-Britannique avait fait affaire seulement avec le Canada, qu'elle avait donné au Canada ce qu'il voulait pour les entrepreneurs ferroviaires et qu'elle n'avait pas traité avec les entrepreneurs.

Notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et conclu à l'existence d'un contrat, bien que trois juges aient rédigé des motifs plutôt complexes et que plusieurs observations incidentes aient été formulées.

Le juge Locke (avec l'appui du juge Kerwin) a jugé impossible de conclure à l'existence d'un rapport contractuel entre la Colombie-Britannique et l'entrepreneur proposé (c.-à-d. le consortium Dunsmuir) à partir des négociations qui ont précédé l'adoption de la *Loi provinciale*. Toutefois, il a pu conclure à l'existence d'un contrat entre la province et la *Compagnie E & N* en raison de la *Loi provinciale* elle-même. Le juge Locke a affirmé que la Compagnie E & N devait, conformément à l'art. 9 de cette loi, procéder [TRADUCTION] «au tracé, à la construction, à l'équipement, à l'entretien et à l'exploitation» de la ligne de chemin de fer. Il a associé cette obligation à l'art. 27 qui prévoit que la Compagnie E & N [TRADUCTION] «est liée par tout contrat ou toute convention se rattachant à la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo, devant être conclu» entre le consortium Dunsmuir et le Canada. Le Canada était perçu comme un fiduciaire qui transmettait à l'entrepreneur la contrepartie de la Colombie-Britannique. Pour ce motif, la Compagnie E & N pouvait se prévaloir de l'exemption d'impôt.

Il est remarquable que le juge Locke ait considéré que la capacité de la Compagnie E & N de faire valoir l'exemption d'impôt avait pour contre-

Columbia could compel the Company to work the line. He stated (at pp. 422-23):

... it is clear that is what was intended, since otherwise the railway company might have simply built the line for the purpose of obtaining the valuable subsidies and discontinued operation if it proved unprofitable. ... As I see the matter, the statutory obligation of the Province to exempt the lands from taxation upon the terms of sec. 22 continues in perpetuity in the same manner as the obligations of the railway company under secs. 9 and 27. . .

In a later passage, Locke J. makes similar reference to the E & N Company being "bound by the covenant given by the contractors to operate the railway . . . in perpetuity by reason of sec. 27 of the [*Provincial Act*]" (pp. 429-30). It may be useful to make two points about this reference immediately. First, Locke J.'s interpretation of events was reversed by the Privy Council. Second, and perhaps more important, the obligation of perpetual operation recognized by Locke J. was a contractual obligation owed by the E & N Company to British Columbia. To the extent that the respondent in this appeal attempts to derive constitutional support from this statement, the attempt must therefore fail. On the one hand, the alleged obligation at issue was not owed by Canada. On the other hand, as Locke J. recognized, the statutory character of the contract he found could be altered at will by British Columbia legislation (p. 423). Obviously, if a perpetual constitutional obligation exists, British Columbia would lack the capacity to alter it at will. Moreover, as no contract law notions have been argued in the present appeal, I need not discuss such notions further.

Like Locke J., Rand J. in the *E & N Reference* case found that a contract resulted from the enactment of the *Provincial Act*, rather than from preceding negotiations. Also like Locke J., Rand J. recognized that the arrangements were subject to repeal by the provincial legislature (pp. 438-39). What is more interesting for present purposes is

partie la capacité de la Colombie-Britannique de forcer la Compagnie à exploiter la ligne ferroviaire. Il affirme (aux pp. 422 et 423):

[TRADUCTION] . . . il est clair que c'est ce qu'on voulait car, autrement, la compagnie ferroviaire aurait pu construire la ligne de chemin de fer afin d'obtenir les précieuses subventions et en cesser l'exploitation si elle se révélait non rentable. [. . .] Si je comprends bien, l'obligation que la province avait, en vertu de la Loi, d'exempter les terres d'impôt aux conditions prévues à l'art. 22, est perpétuelle de la même façon que les obligations qui incombait à la compagnie de chemin de fer en vertu des art. 9 et 27 . . .

Plus loin, le juge Locke mentionne aussi que la Compagnie E & N était [TRADUCTION] «liée par l'engagement des entrepreneurs d'exploiter le chemin de fer [. . .] à perpétuité en raison de l'art. 27 de la [*Loi provinciale*]" (pp. 429 et 430). Il peut être utile de faire immédiatement deux remarques à ce sujet. Premièrement, le Conseil privé a infirmé l'interprétation que le juge Locke a donnée des événements survenus. Deuxièmement, ce qui est peut-être encore plus important, l'obligation d'exploitation perpétuelle reconnue par le juge Locke était une obligation contractuelle que la Compagnie E & N avait envers la Colombie-Britannique. Par conséquent, dans la mesure où l'intimé en l'espèce tente de trouver un appui de nature constitutionnelle dans cette affirmation, il doit échouer. D'une part, la prétendue obligation en cause n'incombait pas au Canada. D'autre part, comme l'a reconnu le juge Locke, le caractère légal du contrat qu'il a constaté pouvait être modifié à volonté par une loi de la Colombie-Britannique (p. 423). De toute évidence, s'il existait une obligation constitutionnelle perpétuelle, la Colombie-Britannique n'aurait pas la capacité de la modifier à son gré. De plus, comme on n'a avancé aucune notion du droit des contrats en l'espèce, je n'ai pas à analyser davantage ces notions.

Dans le *Renvoi E & N*, le juge Rand, à l'instar du juge Locke, a conclu qu'un contrat avait résulté de l'adoption de la *Loi provinciale* et non des négociations préalables. Tout comme le juge Locke, le juge Rand a reconnu que les arrangements pouvaient être abrogés par la législature provinciale (pp. 438 et 439). Ce qui nous intéresse

that Rand J. specifically disavowed the constitutional approach taken by O'Halloran J.A. at the Court of Appeal. In concluding that the contractors dealt with Canada and not British Columbia, O'Halloran J.A. had taken the position that Canada incurred a Term 11 obligation to secure construction of the Island railway, and he inferred that British Columbia would not have dealt directly with the contractors (or *vice versa*) for fear of weakening this obligation. Rand J., however, stated (at pp. 435-36):

Nor would it be profitable to examine the constitutional position from which in substance O'Halloran and Bird J.J. A. proceeded, i.e. that the construction of the island railway was an obligation of the Dominion under the terms of union: even with that as an initial assumption, the conclusions to which the questions invite us, are not, in the view I take of the settlement as a whole, materially affected.

Similarly, for Kellock J., a contract arose inasmuch as Canada contracted as trustee for British Columbia as beneficiary. Interestingly, Kellock J. inferred that the *Provincial Act* involved a contract through reference to Lord Watson's description of Term 11 as a "commercial transaction" (p. 452). Finally, Estey J., too, found a contract in the statutory scheme.

In contrast, the Privy Council rejected the contract argument outright. Most important is Lord Greene's adoption of O'Halloran J.A.'s approach (at p. 107):

In the Court of Appeal O'Halloran J.A. came to the conclusion that there was no contractual relationship between the province and the contractors or the railway company. Their Lordships agree with this conclusion and with the reasoning on which it is based.

Although the Privy Council agreed that s. 22 of the *Provincial Act* was essential to the scheme of

d'avantage pour les fins du présent pourvoi est le fait que le juge Rand a expressément désapprouvé l'approche constitutionnelle adoptée par le juge O'Halloran de la Cour d'appel. En concluant que les entrepreneurs traitaient avec le Canada et non avec la Colombie-Britannique, le juge O'Halloran avait adopté le point de vue selon lequel le Canada avait assumé une obligation, fondée sur l'art. 11, de garantir la construction du chemin de fer de l'Île, et il a déduit que la Colombie-Britannique n'aurait pas traité directement avec les entrepreneurs (ou *vice versa*) de crainte d'atténuer cette obligation. Toutefois, le juge Rand affirme (aux pp. 435 et 436):

[TRADUCTION] Il ne serait pas non plus avantageux d'examiner le point de vue constitutionnel sur lequel les juges O'Halloran et Bird se sont essentiellement fondés, savoir que la construction du chemin de fer de l'Île était une obligation du Dominion en vertu des conditions d'adhésion: même en se servant de cela comme hypothèse initiale, les conclusions auxquelles nous amènent les questions posées ne sont pas sensiblement touchées, d'après mon interprétation de l'ensemble de l'entente.

De même, pour le juge Kellock, un contrat a été conclu dans la mesure où le Canada a agi à titre de fiduciaire et la Colombie-Britannique, à titre de bénéficiaire. Il est intéressant de noter que le juge Kellock a déduit, du fait que lord Watson avait décrit l'art. 11 comme une [TRADUCTION] «opération commerciale» (p. 452), que la *Loi provinciale* comportait un contrat. Enfin, le juge Estey a lui aussi conclu à l'existence d'un contrat dans l'ensemble législatif.

Par contre, le Conseil privé a carrément rejeté l'argument de l'existence d'un contrat. Sur ce point, il importe de signaler que lord Greene a adopté le point de vue du juge O'Halloran de la Cour d'appel (à la p. 107):

[TRADUCTION] Le juge O'Halloran de la Cour d'appel est arrivé à la conclusion qu'il n'existait pas de relation contractuelle entre la province et les entrepreneurs ou la compagnie de chemin de fer. Leurs Seigneuries souscrivent à cette conclusion et au raisonnement sur lequel elle repose.

Bien que le Conseil privé ait accepté que l'art. 22 de la *Loi provinciale* était indispensable à l'arran-

1883, no contractual intention was found. In particular, Lord Greene rejected the suggestion that British Columbia would have had "any intention of a contractual nature that [s. 22 of the *Provincial Act*], when enacted, should remain for all time on the Statute Book" (p. 108).

The *E & N Reference* case is relevant in this case because British Columbia argues that when Lord Greene adopted the reasoning of O'Halloran J.A. from the Court of Appeal, he adopted that reasoning in its entirety, including O'Halloran J.A.'s characterization of the Vancouver Island rail line as a Term 11 rail line. I have several problems with this argument which I will consider in turn.

First, the Privy Council did not unqualifiedly adopt the reasons of O'Halloran J.A. in the *E & N Reference* case. Lord Greene simply agreed with O'Halloran J.A.'s contract law conclusion "and with the reasoning on which it is based" (*supra*, at p. 107). It is far from clear that O'Halloran J.A.'s Term 11 remarks are necessary to his contract law conclusion, since his constitutional interpretation simply informed his factual analysis of what the parties intended in 1883. Further, even if one assumes that a Term 11 status for the rail line was acknowledged, O'Halloran J.A. simply discusses the constitutional status of the construction obligation on Vancouver Island. Proving this status would not advance British Columbia's position in respect of an operational obligation.

Second, at the level of this Court in the *E & N Reference* case, Rand J. said it would be "unprofitable" (*supra*, at p. 435) to proceed from O'Halloran J.A.'s constitutional starting point. If the Privy Council intended to discount this blunt statement, I would consider it odd that the Privy Council judgment fails to acknowledge its existence.

gement de 1883, il n'a conclu à l'existence d'aucune intention de conclure un contrat. Lord Greene a, en particulier, rejeté l'idée que la Colombie-Britannique aurait eu [TRADUCTION] «une intention de nature contractuelle, savoir que [l'art. 22 de la *Loi provinciale*], une fois adopté, devrait demeurer dans le code» (p. 108).

Le *Renvoi E & N* est pertinent en l'espèce parce que la Colombie-Britannique soutient que, lorsqu'il a souscrit au raisonnement du juge O'Halloran de la Cour d'appel, lord Greene a adopté l'ensemble de ce raisonnement, y compris sa qualification de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver comme étant une ligne de chemin de fer visée par l'art. 11. Je suis d'avis que cet argument pose plusieurs problèmes que je vais examiner à tour de rôle.

Premièrement, le Conseil privé n'a pas adopté sans réserve les motifs du juge O'Halloran dans le *Renvoi E & N*. Lord Greene a simplement souscrit à la conclusion en matière de droit des contrats du juge O'Halloran [TRADUCTION] «et au raisonnement sur lequel elle repose» (précité, à la p. 107). Il est loin d'être évident que les remarques que le juge O'Halloran a faites au sujet de l'art. 11 étaient nécessaires pour arriver à sa conclusion en matière de droit des contrats, étant donné que son interprétation de la Constitution venait simplement appuyer son analyse factuelle de l'intention des parties en 1883. Par ailleurs, même si l'on suppose que la ligne de chemin de fer se trouvait visée par l'art. 11, le juge O'Halloran a simplement examiné le statut constitutionnel de l'obligation de construction du chemin de fer sur l'île de Vancouver. La preuve de ce statut n'appuierait pas la position de la Colombie-Britannique relativement à l'existence d'une obligation d'exploitation.

Deuxièmement, dans le *Renvoi E & N*, le juge Rand de notre Cour affirme qu'il «ne serait pas [...] avantageux» (précité, à la p. 435) de se fonder sur la prémisse constitutionnelle du juge O'Halloran. Si le Conseil privé a voulu faire abstraction de cette affirmation on ne peut plus claire, il serait étrange, selon moi, que l'arrêt du Conseil privé n'en reconnaisse pas l'existence.

Finally, although it is not necessary to my decision, I am somewhat sceptical of the suggestion that the Esquimalt to Nanaimo line can be considered a Term 11 rail line. That line is certainly not a line which connects to the "railway system of Canada" within the meaning of Term 11, and I would find it difficult to rationalize some facts of this case with a Term 11 characterization. Without embarking upon a detailed discussion of the point, I simply cite the difference in language between clause (e.) of the anticipated settlement agreement enacted as a preamble to *An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*, S.B.C. 1883, c. 14, and clause (e) of the Settlement Agreement of 1883 which actually resulted. I also suggest that it could be difficult to rationalize the decisions in *McGregor v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462 (P.C.), and *Burrard Power Co. v. The King*, [1911] A.C. 87 (P.C.), with a contrary view. I would have thought that a Term 11 rail line would, *ipso facto*, fall within the legislative jurisdiction of Canada by virtue of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* as an interprovincial undertaking. It is difficult to understand why Canada would have declared the rail line to be a work for the general advantage of Canada in the 1905 *Declaratory Act* if that rail line had always been within Canada's legislative jurisdiction. None of these points, of course, discounts the significance of the Island rail line as a nation-building enterprise.

Thus, case law in no way interferes with the conclusions I have already reached. I reiterate that Canada owes no constitutional obligation to British Columbia in respect of the Victoria to Nanaimo Vancouver Island rail line. I would allow the appeal on this issue and set aside the contrary declaration issued by the Court of Appeal.

B. *The Statutory Interpretation Issue*

It will be helpful to describe precisely the statutory interpretation issue at the outset. Pursuant to

Enfin, quoique cela ne soit pas utile à ma décision, je doute quelque peu que l'on puisse considérer la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo comme visée par l'art. 11. Cette ligne n'est certainement pas une ligne qui relie au «réseau des chemins de fer canadiens» au sens de l'art. 11, et il me serait difficile d'expliquer certains faits de la présente affaire en disant que la ligne est visée par l'art. 11. Sans entreprendre une analyse détaillée de ce point, je citerai simplement la différence qui existe entre le texte de l'al. (e.) de la convention fédérale-provinciale prévue qui a été adoptée comme préambule de la loi intitulée *An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*, S.B.C. 1883, ch. 14, et l'al. (e.) de la Convention fédérale-provinciale de 1883 qui a été effectivement conclue. J'affirme également qu'il pourrait être difficile d'expliquer par un point de vue contraire les arrêts *McGregor c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462 (C.P.), et *Burrard Power Co. c. The King*, [1911] A.C. 87 (C.P.). J'aurais cru qu'une ligne de chemin de fer visée par l'art. 11 aurait par le fait même, à titre d'entreprise interprovinciale, relevé de la compétence législative fédérale en raison de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est difficile de comprendre pourquoi le Canada aurait déclaré que la ligne de chemin de fer est une entreprise à l'avantage général du Canada dans la *Loi déclaratoire de 1905* si elle avait toujours relevé de la compétence législative fédérale. Il va sans dire qu'aucun de ces points n'écarterait l'importance de la ligne ferroviaire de l'île comme entreprise de création du pays.

En conséquence, la jurisprudence ne va nullement à l'encontre des conclusions auxquelles je suis déjà arrivé. Je répète que le Canada n'a envers la Colombie-Britannique aucune obligation constitutionnelle relativement à la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point et d'infirmier le jugement déclaratoire contraire qui a été rendu par la Cour d'appel.

B. *La question d'interprétation législative*

Il sera utile de décrire précisément, au départ, la question d'interprétation législative soulevée. Con-

ss. 3 and 7 of the federal *Railway Act* a “special Act” is accorded the following special treatment:

3. (1) Except as otherwise provided in this Act,

(a) this Act shall be construed as incorporated with the Special Act; and

(b) where the provisions of this Act and of any Special Act passed by Parliament relate to the same subject-matter, the provisions of the Special Act shall, in so far as is necessary to give effect to the Special Act, be taken to override the provisions of this Act.

7. Where any railway, the construction or operation of which is authorized by a Special Act passed by the legislature of any province, is declared by any Act of Parliament to be a work for the general advantage of Canada, this Act applies to the railway, and to the company constructing or operating it, to the exclusion of such of the provisions of the Special Act as are inconsistent with this Act, and in lieu of any general railway Act of the province.

In s. 2(1) of the *Railway Act*, one finds the following definition of a “special Act”:

“Special Act”, when used with reference to a railway, means any Act under which the company has authority to construct or operate a railway, or that is enacted with special reference to that railway . . .

It is clear enough that the *Dominion Act*, the *Provincial Act*, the *1905 Declaratory Act*, and the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*, must all be considered “special Acts”, at least in so far as each was enacted “with special reference” to the E & N line.

Thus, based upon s. 3(1)(b), it is argued that if a “continuous operation” provision can be located within any federal “special Act” above listed, such a provision could not be contradicted by the *Railway Act*. The “special Act” provision would take precedence pursuant to s. 3(1)(b), and termination could not be effected using the provisions of the *Railway Act*. As a result, it is argued that Parliament must enact special legislation to order pas-

formément aux art. 3 et 7 de la *Loi sur les chemins de fer fédérale*, une «loi spéciale» reçoit le traitement spécial suivant:

3. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi:

a) cette dernière s’interprète comme étant incorporée à la loi spéciale;

b) lorsque les dispositions de la présente loi et celles d’une loi spéciale du Parlement se rapportent aux mêmes matières, les dispositions de la loi spéciale l’emportent sur les dispositions de la présente loi, dans la mesure nécessaire pour donner effet à cette loi spéciale.

7. Lorsque le Parlement déclare, par une loi, qu’un chemin de fer, dont la construction ou l’exploitation est autorisée par une loi spéciale de la législature d’une province, constitue un ouvrage à l’avantage général du Canada, la présente loi s’applique à ce chemin de fer et à la compagnie qui le construit ou qui l’exploite, à l’exclusion des dispositions de cette loi spéciale qui sont incompatibles avec la présente loi, et aux lieu et place de toute loi générale de la province concernant les chemins de fer.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les chemins de fer* définit ainsi l’expression «loi spéciale»:

«loi spéciale» Relativement à un chemin de fer, toute loi en vertu de laquelle la compagnie est autorisée à construire ou à exploiter un chemin de fer, ou toute loi édictée spécialement au sujet de ce chemin de fer . . .

Il est assez clair que la *Loi fédérale*, la *Loi provinciale*, la *Loi déclaratoire de 1905* et la *Loi provinciale d’exemption d’impôt foncier de 1912* doivent toutes être considérées comme des «lois spéciales», au moins dans la mesure où chacune a été édictée «spécialement au sujet» de la ligne de chemin de fer E & N.

Ainsi, on soutient que, compte tenu de l’al. 3(1)(b), si on pouvait trouver dans l’une ou l’autre des «lois spéciales» fédérales susmentionnées une disposition prescrivant l’«exploitation sans interruption», pareille disposition ne saurait être contredite par la *Loi sur les chemins de fer*. Conformément à l’al. 3(1)(b), la disposition de la «loi spéciale» aurait préséance et la suppression du service ne pourrait se faire au moyen des dispositions

senger rail service termination on the Island rail line.

Likewise, based upon s. 7, it is argued that if a “continuous operation” provision can be located within the provincial “special Act” above listed, such a provision would take effect unless this Court found that the special Act was inconsistent with the *Railway Act*. There is no doubt, of course, that the E & N Railway was declared to be a work for the general advantage of Canada as contemplated by s. 7. With reference to s. 3(1)(a), then, it is argued that the *Railway Act* permissively permits termination orders, and that a special Act which mandates “continuous operation” ought to be construed along with the *Railway Act*. It is said that there is no necessary inconsistency between a statute which permissively permits termination, and one which mandates continuous operation.

Two different “continuous operation” provisions exist in this case. The first, as already noted, exists in the Dunsmuir Agreement which is scheduled to the *Dominion Act*. The second is in an agreement scheduled to the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*, and it relates only to the Nanaimo to Courtenay extension. The potential for each of these provisions to circumvent the general operation of the *Railway Act* will be considered immediately below.

However, I pause to observe that no particular effort has been made to debate whether the word “continuously” in this context should be given its strict meaning, or whether, in this case, “continuously” might be better interpreted to mean “continually”. Continually can mean “done on a regular basis”, whereas “continuously” implies something “done in perpetuity”, or “unremittingly done”. Since the point will not again arise, I think it should be made here: absent a compelling context (such as existed in *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island*,

de la *Loi sur les chemins de fer*. En définitive, on soutient que le Parlement doit adopter une loi spéciale pour ordonner la suppression du service de trains de voyageurs sur l'Île.

De même, compte tenu de l'art. 7, on soutient que si on peut trouver une disposition prescrivant l'«exploitation sans interruption» dans la «loi spéciale» provinciale susmentionnée, pareille disposition s'appliquerait sauf si notre Cour était d'avis que la loi spéciale est incompatible avec la *Loi sur les chemins de fer*. Il n'y a pas de doute, naturellement, que le chemin de fer E & N a été déclaré ouvrage à l'avantage général du Canada comme l'envisage l'art. 7. On soutient ensuite, pour ce qui est de l'al. 3(1)a), que la *Loi sur les chemins de fer* autorise la délivrance d'ordonnances de suppression du service et qu'il faut interpréter toute loi spéciale prescrivant l'«exploitation sans interruption» conformément à la *Loi sur les chemins de fer*. On affirme qu'il n'existe pas nécessairement d'incompatibilité entre une loi qui autorise la suppression d'un service et une autre qui prescrit l'exploitation sans interruption.

En l'espèce, deux dispositions différentes prescrivent l'«exploitation sans interruption». La première se trouve, comme je l'ai déjà mentionné, dans la convention Dunsmuir qui est annexée à la *Loi fédérale*. La deuxième, qui se trouve dans une entente annexée à la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*, se rapporte seulement au prolongement de la ligne entre Nanaimo et Courtenay. Je vais maintenant examiner si ces deux dispositions peuvent permettre de contourner l'application générale de la *Loi sur les chemins de fer*.

Cependant, je prends le temps de faire remarquer que l'on ne s'est pas vraiment efforcé d'examiner si, dans ce contexte, l'expression «sans interruption» («*continuously*») devrait être interprétée dans son sens strict, ou s'il n'y aurait pas lieu de lui donner le sens de «continuellement» («*continually*»), lequel terme peut signifier «fait sur une base régulière», alors que l'expression «sans interruption» implique que quelque chose sera «fait à perpétuité» ou «fait sans relâche». Puisque cette question ne se présentera plus, j'estime opportun de faire la remarque suivante: en

supra), I would be loath to interpret a truly perpetual obligation if the context would be satisfied by something less.

Returning to the problem at hand, British Columbia's argument in respect of the Dunsmuir Agreement faces one significant hurdle: in order for the "continuous operation" obligations in the Dunsmuir Agreement to have any importance, those obligations must be part of a "special Act". British Columbia must thus prove that the provisions of the Dunsmuir Agreement, which Agreement appears as a schedule to the *Dominion Act*, were given statutory force by that Act, such that the provisions are, in effect, provisions of the *Dominion Act* itself.

The Court of Appeal reviewed a number of cases before reaching the conclusion that the Dunsmuir Agreement was intended to be incorporated into the *Dominion Act*. I do not find it necessary to consider all of these cases, especially since, subject to what is said below, I do not quarrel with the consideration given to them by the Court of Appeal.

Unlike the Court of Appeal, I find instructive the decision of this Court in *Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105. For present purposes, it is sufficient to cite the following statutory provisions at issue in the case (S.C. 1924, c. 84, ss. 1 and 2):

1. The agreement set out in the Schedule to this Act . . . is ratified and confirmed, and the parties thereto are hereby empowered and authorized to carry out their respective obligations and to exercise their respective privileges thereunder.

2. Notwithstanding the provisions of *The Railway Act, 1919* . . ., the rates of fares on The Ottawa Electric Railway Company's transportation system, as established by the said agreement, shall not be altered before the thirteenth day of August, 1928, . . . and thereafter

l'absence d'un contexte impératif (comme celui qui existait dans l'affaire *La Reine du chef du Canada c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard*, précitée), je serais peu disposé à reconnaître l'existence d'une véritable obligation perpétuelle dans le cas où le contexte exigerait quelque chose de moins.

Pour revenir au problème qui nous occupe, l'argument de la Colombie-Britannique relatif à la convention Dunsmuir se heurte à un obstacle important: pour que les obligations d'«exploitation sans interruption», que l'on trouve dans la convention Dunsmuir, aient une importance quelconque, elles doivent faire partie d'une «loi spéciale». La Colombie-Britannique doit donc prouver que la *Loi fédérale* confère force de loi à son annexe, la convention Dunsmuir, de sorte que les dispositions de cette convention soient en réalité des dispositions de la loi elle-même.

La Cour d'appel a examiné un certain nombre de décisions avant de conclure qu'on a voulu que la convention Dunsmuir fasse partie de la *Loi fédérale*. Je ne juge pas nécessaire d'examiner toutes ces décisions, étant donné particulièrement que, sous réserve de ce qui suit, je ne conteste pas l'examen qu'en a fait la Cour d'appel.

Contrairement à la Cour d'appel, je juge intéressant l'arrêt de notre Cour *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105. Il suffit, pour les fins du présent pourvoi, de reproduire les dispositions législatives suivantes qui étaient alors en litige (S.C. 1924, ch. 84, art. 1 et 2):

1. Le traité énoncé à l'Annexe de la présente loi [. . .] est ratifié et confirmé, et les parties à ce traité sont par la présente loi autorisées à remplir leurs obligations respectives et à exercer leurs privilèges respectifs en vertu de ce traité.

2. Par dérogation aux dispositions de la *Loi des chemins de fer, 1919*, [. . .] les taux de passage sur le réseau de transport de la Compagnie du chemin de fer électrique d'Ottawa, tels qu'établis par ledit traité, ne doivent pas être changés avant le treizième jour d'août

any alteration in such fares shall be governed by the terms and conditions of the said agreement.

Five judges took part in the *Ottawa Electric* decision, but only four judges through three sets of reasons determined the status of the agreement mentioned in the provisions above cited.

Focusing on the language in s. 1 of the statute, Rinfret C.J. (Taschereau J. concurring) came to the following conclusion (at p. 117):

... the agreement, while being "ratified and confirmed" by section 1, was not made part of the Act. The object of that section is to give the agreement validity and to state that "the parties thereto are hereby empowered and authorized to carry out their respective obligations and to exercise their respective privileges thereunder". Be it noticed that the authorization is to carry out the obligations and the privileges thereunder and, therefore, those of the agreement. No power or authorization is added to the agreement itself.

Rand J. was equally clear in reaching the opposite result. He stated (at p. 126): "I have little doubt that the provisions dealing with fares and the powers of the Board over them have become the subject of statutory enactment". Finally, Kerwin J. cited the two statutory provisions I have quoted above, and then offered the following comments (at p. 122):

But the provision that "the rates of fares . . . shall not be altered . . . by the Board of Railway Commissioners for Canada", coupled with the last leg of section 2 "and thereafter any alteration in such fares shall be governed by the terms and conditions of the said agreement" lead me to the conclusion that something more than mere approval of the agreement is accomplished and that in fact the agreement should be construed as a statutory enactment.

Although divided in the result, I discern a common thread in the judgments of Rinfret C.J. and Kerwin J., namely, that statutory ratification and confirmation of a scheduled agreement, standing alone, is generally insufficient reason to conclude that such an agreement constitutes a part of the statute itself. Although Kerwin J. held that incorporation was intended, it is apparent from his rea-

1928 [. . .] et, par la suite, tout changement de ces taux de passage doit être subordonné aux termes et conditions dudit traité.

Cinq juges ont pris part à la décision *Ottawa Electric*, mais seulement quatre, dans trois ensembles de motifs, ont déterminé le statut du traité mentionné dans les dispositions précitées.

Lorsqu'il a examiné le texte de l'art. 1 de la loi en question, le juge en chef Rinfret (avec l'appui du juge Taschereau) est arrivé à la conclusion suivante (à la p. 117):

[TRADUCTION] . . . bien que «ratifié et confirmé» par l'art. 1, le traité n'a pas été incorporé dans la Loi. Cet article a pour objet de valider le traité et de préciser que «les parties à ce traité sont par la présente loi autorisées à remplir leurs obligations respectives et à exercer leurs privilèges respectifs en vertu de ce traité». À remarquer qu'il s'agit de l'autorisation de remplir les obligations et d'exercer les privilèges prévus dans la Loi et, en conséquence, dans le traité. Aucun pouvoir ni aucune autorisation ne sont ajoutés au traité lui-même.

Le juge Rand a été aussi clair en concluant le contraire. Il affirme (à la p. 126): [TRADUCTION] «Je ne doute guère que les dispositions relatives aux taux de passage et les pouvoirs de la Commission en cette matière ont fait l'objet d'un texte législatif». Enfin, le juge Kerwin a cité les deux dispositions législatives reproduites plus haut et fait les commentaires suivants (à la p. 122):

[TRADUCTION] Cependant, la disposition prévoyant que «les taux de passage [. . .] ne doivent pas être changés [. . .] par la Commission des chemins de fer du Canada», conjuguée à la dernière partie de l'art. 2 «et, par la suite, tout changement de ces taux de passage doit être subordonné aux termes et conditions dudit traité», m'amène à conclure qu'il y a plus qu'une simple approbation du traité et qu'en fait ce traité devrait être interprété comme une loi.

Bien que le juge en chef Rinfret et le juge Kerwin ne se soient pas entendus sur le résultat, je décèle un point commun dans leurs jugements respectifs, savoir que les seules ratification et confirmation d'un traité en annexe ne suffiront pas généralement pour conclure que ce traité fait partie de la loi même. Même si le juge Kerwin a conclu qu'on voulait incorporer le traité dans la loi, il res-

sons that it was s. 2 of S.C. 1924, c. 84, which led him to conclude that "something more than mere approval of the agreement is accomplished". I infer from this conclusion that s. 1 of that Act, which simply ratified and confirmed the scheduled agreement, would have constituted "mere approval" rather than statutory incorporation from Kerwin J.'s perspective. On this point, therefore, his reasons accord with those of Rinfret C.J. (Taschereau J. concurring).

I also find useful the following dictum from Fullerton J.A. in *Winnipeg v. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282 (Man. C.A.), at p. 306:

... in order to make an agreement scheduled to an Act a part of the Act itself it is not sufficient to find words in the statute merely confirming and validating the agreement; you must find words from which the intention can be inferred.

Like the Court of Appeal, I do not regard this statement as meaning that a scheduled agreement will have statutory force only if that intention is made express in a particular provision, e.g. "the agreement is hereby confirmed, ratified, and endowed with statutory force", although an intention nearly so obvious is sometimes apparent: see, e.g., s. 1 of the *Constitution Act, 1930*, already discussed, which gave the "force of law" to scheduled agreements. Rather, all of the tools of statutory interpretation can be called in aid to determine whether incorporation is intended: see, e.g., *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533 (C.A.), at pp. 546-47 and 551-52. I do believe, however, that simple "ratification" or "confirmation" of a scheduled agreement, without more, is equivocal in terms of the required legislative intention.

In the Court of Appeal, an intention to confer statutory force was found because of the "constitutional importance of the undertaking", and because of the "plainly potentially unprofitable character" of the railway contrasted with the "extent of the grant" conferred upon Canada in compensation (p. 321). The Court of Appeal held that "[i]t seems

sort de ses motifs que c'est l'art. 2 des S.C. 1924, ch. 84, qui l'a amené à conclure qu'«il y a plus qu'une simple approbation du traité». Je déduis de cette conclusion que l'art. 1 de la loi en cause, qui ne faisait que ratifier et confirmer le traité annexé, n'aurait, selon le juge Kerwin, que «simplement approuvé» ce traité plutôt que de l'incorporer dans la Loi. Les motifs du juge Kerwin s'accordent donc, sur ce point, avec ceux du juge en chef Rinfret (aux motifs duquel a souscrit le juge Taschereau).

Je juge également utile cette remarque incidente que fait le juge Fullerton dans l'arrêt *Winnipeg c. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282 (C.A. Man.), à la p. 306:

[TRADUCTION] ... pour qu'un traité annexé à une loi fasse partie de la loi elle-même, il ne suffit pas de trouver dans la loi des termes qui ne font que confirmer et valider ce traité; il faut trouver des termes qui permettent de déduire qu'on a voulu l'incorporer dans la loi.

À l'instar de la Cour d'appel, je ne considère pas que cela signifie qu'un traité annexé n'aura force de loi que dans le cas où une disposition particulière le prévoit expressément: par exemple, «le traité est par les présentes confirmé, ratifié et a force de loi»; cependant, une intention presque aussi évidente est parfois apparente: voir, par exemple, l'art. 1 déjà examiné de la *Loi constitutionnelle de 1930*, qui donne «force de loi» aux conventions annexées. On peut plutôt utiliser tous les outils d'interprétation législative pour déterminer si l'on a voulu incorporer une entente donnée dans une loi: voir, par exemple, l'arrêt *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.), aux pp. 546 et 547 et aux pp. 551 et 552. Je crois, cependant, que la simple «ratification» ou «confirmation» d'une entente annexée, sans plus, est équivoque pour ce qui est de déceler l'intention requise du législateur.

La Cour d'appel a conclu qu'on a voulu conférer force de loi compte tenu de [TRADUCTION] «l'importance constitutionnelle de l'entreprise» et de la «non-rentabilité potentiellement évidente» du chemin de fer par rapport à «l'étendue des terres concédées» au Canada à titre indemnitaire (p. 321). La cour a conclu qu'[TRADUCTION] «[i]l semble tout à

wholly reasonable that Parliament would have intended that the obligations to maintain and operate the line be incorporated into the federal statute" (p. 321). With respect, I cannot agree with this approach. The question is not whether it would have been reasonable for Parliament to confer statutory force upon the Dunsmuir Agreement, but whether, in fact, there is anything about the *Dominion Act* which compels the conclusion that such force was actually conferred.

Pursuant to s. 2 of the *Dominion Act*, the Dunsmuir Agreement receives the following treatment:

2. The agreement, a copy of which, with specification, is hereto appended as a schedule, for the construction, equipment, maintenance and working of a continuous line of railway of a uniform gauge of four feet, eight and one-half inches, from Esquimalt to Nanaimo in Vancouver Island, British Columbia, and also for the construction, equipment, maintenance and working of a telegraph line along the line of the said railway, is hereby approved and ratified, and the Governor in Council is authorized to carry out the provisions thereof according to their purport. [Emphasis added.]

It is not difficult, in my view, to envision the rationale to account for the existence of this provision. Had the need arisen, for example, s. 2 might have prevented arguments to the effect that the Dunsmuir Agreement was *ultra vires* the executive. Given what is said immediately above, however, I do not believe that s. 2, by itself, bestows statutory force upon that Agreement.

Perhaps more to the point, unlike the Court of Appeal, I can find nothing outside of s. 2 which expresses the intention British Columbia must prove. The *Dominion Act* simply confirms and ratifies the Dunsmuir Agreement, authorizes the Governor in Council to carry out the contract, and proceeds, in several of its provisions, to recount specifically clauses from that contract (ss. 4, 5, 6, 8, and 9). If the Dunsmuir Agreement was intended to have statutory force, I would find this repetition of contractual provisions in the text of the *Dominion Act* to be inexplicable.

fait raisonnable de soutenir que le Parlement aurait voulu incorporer dans la loi fédérale les obligations d'entretenir et d'exploiter la ligne» (p. 321). En toute déférence, je ne puis souscrire à ce point de vue. La question est non pas de savoir s'il aurait été raisonnable que le Parlement confère force de loi à la convention Dunsmuir, mais plutôt de savoir si, en réalité, il existe quoi que ce soit au sujet de la *Loi fédérale* qui oblige à conclure que pareille force a vraiment été conférée.

Conformément à l'art. 2 de la *Loi fédérale*, la convention Dunsmuir a été traitée de la façon suivante:

2. La convention, dont copie est reproduite, avec le devis qui l'accompagne, comme annexe, conclue pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de chemin de fer continue, d'une largeur de voie uniforme de quatre pieds huit pouces et demi, entre Esquimalt et Nanaimo, dans l'île de Vancouver, Colombie-Britannique, et aussi pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de télégraphe sur le parcours du dit chemin de fer, est par le présent approuvée et ratifiée, et le Gouverneur en conseil est autorisé à en mettre les stipulations à effet suivant leur teneur. [Je souligne.]

À mon avis, il n'est pas difficile d'imaginer la raison d'être de cette disposition. Par exemple, si cela avait été nécessaire, l'art. 2 aurait pu prévenir les arguments voulant que la convention Dunsmuir excède les pouvoirs de l'exécutif. Cependant, compte tenu de ce que je viens de dire, je ne crois pas que l'art. 2 confère en soi force de loi à cette convention.

Plus particulièrement, contrairement à ce qu'a affirmé la Cour d'appel, je ne vois rien d'autre, à part l'art. 2, qui exprime l'intention que doit prouver la Colombie-Britannique. La *Loi fédérale* ne fait que confirmer et ratifier la convention Dunsmuir; elle autorise le gouverneur en conseil à exécuter le contrat et reprend spécifiquement, dans plusieurs de ses dispositions, des clauses de ce contrat (art. 4, 5, 6, 8 et 9). Si on avait voulu que la convention Dunsmuir ait force de loi, je jugerais inexplicable cette répétition de dispositions du contrat dans la *Loi fédérale*.

I also find that nothing outside of the *Dominion Act* causes me to rethink this obvious interpretation. The Court of Appeal considered *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Treat*, *supra*, to be a significant contrary authority, but I disagree. In that case, in a statement which was clearly unnecessary to a resolution of the case, Viscount Haldane suggested that through the *Dominion Act*, “statutory authority was *inter alia* given to . . . an agreement relative to the construction of the railway” (p. 140). I see no reason to believe that this passing remark was intended to determine the statutory or contractual status of the Dunsmuir Agreement, and, indeed, I perceive little difference between the suggestion that a statute “confirms” or “ratifies” a contract, and the suggestion that a statute gives “statutory authority” to a contract.

Likewise, I am not persuaded by arguments founded upon the *1905 Declaratory Act*. As already noted, s. 1 of that Act declared the Island rail line to be a work for the general advantage of Canada. Pursuant to s. 4 of that Act, however, certain pre-existing rights and liabilities were expressly maintained:

4. Nothing in this Act shall prejudicially affect the respective rights and liabilities of the province of British Columbia and of the Company, now existing or which heretofore existed by virtue of the provisions of the Act of the Legislature of the said province, 47 Victoria, chapter 14 [the *Provincial Act*].

The Court of Appeal based a difficult argument upon this provision. It cited ss. 9 and 27 of the *Provincial Act*, apparently to suggest that these sections also gave statutory effect to the operational obligations located in the Dunsmuir Agreement. In this fashion, the Court of Appeal suggested that s. 4 of the *1905 Declaratory Act* is significant because its terms operated in 1905 to obviate s. 6 of the federal *Railway Act, 1903*, S.C. 1903, c. 58. In similar fashion to s. 7 of the current *Railway Act*, s. 6 made the *Railway Act, 1903* applicable to rail lines subjected to the declaratory power to the exclusion of inconsistent provisions in any provincial “special Act”.

En outre, je ne trouve rien, à part la *Loi fédérale*, qui me pousse à repenser cette interprétation évidente. La Cour d’appel a jugé que l’arrêt *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. c. Treat*, précité, était une décision contraire importante, mais je ne suis pas de cet avis. Dans cet arrêt, dans une affirmation tout à fait inutile au règlement du litige, le vicomte Haldane a affirmé que par la *Loi fédérale* [TRADUCTION] «on avait notamment conféré force de loi à [. . .] une entente relative à la construction du chemin de fer» (p. 140). Je ne vois aucune raison de croire que cette remarque, faite en passant, visait à déterminer le statut légal ou contractuel de la convention Dunsmuir, et, en fait, je vois peu de différence entre l’idée qu’une loi «confirme» ou «ratifie» un contrat, et celle qu’une loi confère «force de loi» à un contrat.

De même, je ne suis pas convaincu par les arguments fondés sur la *Loi déclaratoire de 1905*. Comme je l’ai déjà souligné, l’art. 1 de cette loi déclare que la ligne de chemin de fer de l’Île est une entreprise à l’avantage général du Canada. Toutefois, conformément à l’art. 4, certains droits et obligations préexistants sont expressément maintenus:

4. Rien en la présente loi ne saurait porter atteinte aux droits et obligations qui existent aujourd’hui pour la province de la Colombie-Britannique et pour la Compagnie, ou qui existaient ci-devant pour elles en vertu des dispositions de l’acte de la législature de la dite province, 47 Victoria, chapitre 14 [la *Loi provinciale*].

La Cour d’appel a fondé un argument complexe sur cette disposition. Elle a cité les art. 9 et 27 de la *Loi provinciale* apparemment pour laisser entendre que ces dispositions conféraient aussi force de loi aux obligations en matière d’exploitation qui étaient prévues dans la convention Dunsmuir. C’est ainsi que la Cour d’appel a affirmé que l’art. 4 de la *Loi déclaratoire de 1905* est important parce que son texte a eu pour effet, en 1905, de parer à l’art. 6 de l’*Acte des chemins de fer, 1903*, S.C. 1903, ch. 58. Comme le fait l’art. 7 de la *Loi sur les chemins de fer* actuelle, l’art. 6 rendait l’*Acte des chemins de fer, 1903* applicable aux lignes de chemin de fer assujetties au pouvoir déclaratoire, sous réserve des dispositions contraires de toute «loi spéciale» provinciale.

Although the *Provincial Act* is clearly a “special Act”, I cannot agree with the Court of Appeal that ss. 9 and 27 of that Act have any particular significance in this case. Section 9 simply provides that the E & N Company “shall lay out, construct, equip, maintain, and work” the rail line. This reference to “working” the rail line, however, has nothing to do with an operational obligation; s. 9 simply gives the E & N Company the corporate power to act in a particular fashion. Section 27 of the Act is no more exceptional. It provides:

27. The said Esquimalt and Nanaimo Railway Company shall be bound by any contract or agreement for the construction of the Railway from Esquimalt to Nanaimo which shall be entered into by and between the persons so to be incorporated as aforesaid, and Her Majesty, represented by the Minister of Railways and Canals, and shall be entitled to the full benefit of such contract or agreement, which shall be construed and operate in like manner as if such company had been a party thereto in lieu of such persons, and the document had been duly executed by such company under their corporate seal.

While I agree with the Court of Appeal that s. 27 bound the E & N Company to the Dunsmuir Agreement, it could in no way statutorily create any right nor liability itself. It seems to me that s. 27 was simply intended to avoid problems associated with the rule in *Kelner v. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174, which deals with the ratification of pre-incorporation contracts. It was necessary only because the Dunsmuir Syndicate rather than the successor E & N Company was a party to the Dunsmuir Agreement.

Thus, s. 4 of the *1905 Declaratory Act* did not operate to preserve any operational obligations apparent in the *Provincial Act*. The principal obligations of this kind are located in s. 17 of the *Provincial Act*, and preservation of these obligations would have rendered the *1905 Declaratory Act* meaningless. None of which means that no ratio-

Bien que la *Loi provinciale* soit clairement une «loi spéciale», je ne puis être d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les art. 9 et 27 de cette loi revêtent une importance particulière en l'espèce. L'article 9 prévoit simplement que la Compagnie E & N procédera «au tracé, à la construction, à l'équipement, à l'entretien et à l'exploitation» de la ligne de chemin de fer. Toutefois, cette mention de «l'exploitation» de la ligne n'a rien à voir avec une obligation d'exploiter; l'art. 9 donne simplement à la Compagnie E & N le pouvoir d'une personne morale d'agir d'une façon particulière. L'article 27 de cette loi n'est pas plus exceptionnel:

[TRANSDUCTION] 27. Ladite Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo est liée par tout contrat ou toute convention se rattachant à la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo, devant être conclu entre Sa Majesté, représentée par le ministre des Chemins de fer et Canaux, et les personnes devant être constituées en personne morale; la compagnie bénéficie pleinement d'un tel contrat ou d'une telle convention, que l'on interprète et applique comme si c'était la compagnie, plutôt que les personnes qui la composent, qui avait été une partie à ce contrat ou à cette convention, et comme si le document avait dûment été signé par cette compagnie en sa qualité de personne morale.

Bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel pour dire que l'art. 27 liait la Compagnie E & N à la convention Dunsmuir, cette disposition ne pouvait créer en soi aucun droit ni aucune obligation. Il me semble que l'art. 27 visait simplement à éviter les problèmes liés à la règle établie dans l'arrêt *Kelner c. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174, qui porte sur la ratification des contrats antérieurs à la constitution en personne morale. Il était nécessaire seulement parce que c'était le consortium Dunsmuir, plutôt que la Compagnie E & N qui lui a succédé, qui était partie à la convention Dunsmuir.

En conséquence, l'art. 4 de la *Loi déclaratoire de 1905* n'avait pas pour effet de préserver toute obligation d'exploiter qui ressortait de la *Loi provinciale*. Les principales obligations à ce chapitre sont mentionnées à l'art. 17 de la *Loi provinciale* et, s'il y avait eu préservation de ces obligations, la *Loi déclaratoire de 1905* aurait perdu tout son

nale for the inclusion of s. 4 can be imagined. As the mere existence of the dispute in the *E & N Reference* case points out, Canada might well have believed in 1905 that the *Provincial Act* united the E & N Company and British Columbia in contract, and s. 4 might thus have been intended to preserve this perceived relationship.

Finally, I wish to mention in passing that *An Act respecting the Railway from Esquimalt to Nanaimo*, in *British Columbia*, S.C. 1886, c. 15, has been properly explained by the Court of Appeal. By that Act, Parliament legislatively altered curve radius requirements located in the Dunsmuir Agreement, and British Columbia asks why a statute was necessary to achieve this effect if the Dunsmuir Agreement did not have statutory force itself. In other words, since the curve radius changes were sought at the instance of the contractor, British Columbia asks why the contractor and Canada did not simply amend their contract. Like the Court of Appeal, however, I believe the so-called *Curve Act* had an obvious purpose. Section 2 of the *Dominion Act* gave the Governor in Council supervisory authority over the Dunsmuir Agreement, but the authority so-established pertained only to the Dunsmuir Agreement in its original form, i.e. the Agreement as scheduled to the *Dominion Act*. Once the nature of the Agreement changed, the *Curve Act* was necessary to maintain the Governor in Council's supervisory authority over the amended version.

Additionally, the *Curve Act* may have had a unique purpose not mentioned by the courts below, namely, it may have established a form of federal/provincial cooperation not apparent in the Dunsmuir Agreement itself. Whereas, in s. 2 of the *Dominion Act*, the Governor in Council alone was given powers to carry out the terms of the Agreement, in s. 1 of the *Curve Act*, it was established that curves of a particular radius could be accepted by the "Governor in Council . . . with the consent of the Lieutenant-Governor of the Province of

sens. Cela ne signifie pas que l'on ne peut pas imaginer de justification pour l'inclusion de l'art. 4. Comme le fait ressortir la simple existence du différend dont il est question dans le *Renvoi E & N*, le Canada aurait bien pu croire en 1905 que la *Loi provinciale* avait contractuellement uni la Compagnie E & N et la Colombie-Britannique, et que l'art. 4 aurait alors pu viser à préserver cette relation qui était perçue.

Enfin, je tiens à mentionner en passant que la Cour d'appel a bien expliqué l'Acte concernant le chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, dans la *Colombie-Britannique*, S.C. 1886, ch. 15. Le Parlement a, par cette loi, modifié les exigences en matière de rayon de courbure prévues dans la convention Dunsmuir, et la Colombie-Britannique a demandé pourquoi il fallait une loi pour procéder à cette modification si la convention Dunsmuir n'avait pas elle-même force de loi. En d'autres termes, puisque c'est l'entrepreneur qui a sollicité la modification du rayon de courbure, la Colombie-Britannique demande pourquoi l'entrepreneur et le Canada n'ont pas simplement modifié leur contrat. À l'instar de la Cour d'appel, j'estime toutefois que ladite *Loi sur les courbes* avait un objectif évident. L'article 2 de la *Loi fédérale* conférait au gouverneur en conseil le pouvoir de superviser l'exécution de la convention Dunsmuir, mais ce pouvoir n'était conféré que relativement à la convention Dunsmuir sous sa forme initiale, c'est-à-dire la convention annexée à la *Loi fédérale*. Une fois modifiée la nature de cette convention, la *Loi sur les courbes* était nécessaire pour maintenir le pouvoir de surveillance du gouverneur en conseil sur la version modifiée.

En outre, la *Loi sur les courbes* peut avoir eu un objet unique non mentionné par les tribunaux d'instance inférieure, savoir qu'elle peut avoir établi une sorte de coopération fédérale-provinciale non apparente dans la convention Dunsmuir elle-même. Tandis qu'aux termes de l'art. 2 de la *Loi fédérale* seul le gouverneur en conseil se voyait conférer les pouvoirs de mettre à exécution les conditions de la convention, l'art. 1 de la *Loi sur les courbes* prévoit que les courbes d'un rayon donné peuvent être acceptées par le «Gouverneur

British Columbia in Council". Thus, in respect of curve-radius requirements, the federal supervisory authority was statutorily confined by a consent requirement. Of course, had this requirement been embodied in a contractual amendment only, it would have been of little value to British Columbia, since that province was a third party in respect of the Dunsmuir Agreement. Therefore, to the extent that federal/provincial cooperation could have been achieved, it could only have been meaningfully achieved by statute. It is not necessary to consider whether this approach raises constitutional issues itself: see *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89.

For these reasons, I conclude that the operational provisions of the Dunsmuir Agreement never became part of a "special Act" within the meaning of the *Railway Act* or its predecessor legislation. The *Dominion Act* simply ratified and confirmed that Agreement. It did nothing more. It now remains for me to deal briefly with the argument founded upon the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*.

Pursuant to s. 2 of the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*, an agreement between British Columbia and the E & N Company scheduled to that Act was given statutory force in so far as the section could achieve that result. The intention to incorporate the agreement is particularly evident because s. 2 provides that the provisions of the agreement "are to be taken as if they had been expressly enacted hereby and formed an integral part of this Act". In the scheduled agreement, clause 3 provides that the E & N Company shall "continuously operate" the Nanaimo to Courtenay extension. British Columbia argued for the first time before this Court that this operational obligation is located within a "special Act" which can take effect notwithstanding the *Railway Act*.

en conseil [...] avec le consentement du lieutenant-gouverneur de la province de la Colombie-Britannique en conseil». Par conséquent, en ce qui concerne les exigences en matière de rayon de courbure, le pouvoir fédéral de surveillance était légalement limité par une exigence de consentement. Il va sans dire que si cette exigence avait été incluse dans une modification contractuelle seulement, elle aurait été peu utile à la Colombie-Britannique puisque celle-ci était une tierce partie à la convention Dunsmuir. En conséquence, dans la mesure où il aurait été possible d'établir une coopération fédérale-provinciale, cela n'aurait vraiment pu se faire qu'au moyen d'une loi. Il n'est pas nécessaire d'examiner si ce point de vue soulève lui-même des questions de nature constitutionnelle: voir *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89.

Pour ces motifs, je conclus que les dispositions en matière d'exploitation contenues dans la convention Dunsmuir n'ont jamais fait partie d'une «loi spéciale» au sens de la *Loi sur les chemins de fer* ou de la loi qui l'a précédée. La *Loi fédérale* a simplement ratifié et confirmé cette convention, sans plus. Il me reste maintenant à examiner brièvement l'argument fondé sur la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*.

L'article 2 de la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912* a, dans la mesure où il pouvait le faire, conféré force de loi à une convention, annexée à cette loi, qui avait été conclue par la Colombie-Britannique et la Compagnie E & N. L'intention d'incorporer la convention ressort particulièrement du texte même de l'art. 2 qui prévoit que les dispositions de la convention [TRADUCTION] «doivent s'interpréter comme si elles avaient été explicitement adoptées aux présentes et comme si elles faisaient partie intégrante de la présente loi». Dans la convention annexée, l'art. 3 prévoit que la Compagnie E & N doit [TRADUCTION] «exploiter sans interruption» le prolongement entre Nanaimo et Courtenay. La Colombie-Britannique a soutenu, pour la première fois devant notre Cour, que cette obligation d'exploiter se trouve dans une «loi spéciale» qui peut s'appliquer nonobstant la *Loi sur les chemins de fer*.

The simple answer to British Columbia's argument is that, in 1912, British Columbia was not competent to legislate in respect of the Island rail line's operation. Having obtained jurisdiction over the line by virtue of the 1905 *Declaratory Act*, Canada then had the exclusive ability to legislate in such a fashion. Certainly, no effort has been made to suggest that the Nanaimo to Courtenay extension should be distinguished from the undertaking which existed at the time of the 1905 *Declaratory Act*. Accordingly, although British Columbia was undoubtedly competent to exact a contractual promise of continuous operation from the E & N Company, and although this promise could receive statutory authorization in the 1912 *Provincial Land Tax Exemption Act*, the promise could not be elevated to the status of a statutory obligation by that Act. It is trite law that the *Railway Act* definition of "special Acts" encompasses only *intra vires* provisions of such acts.

Finally, since preparing the foregoing, I have had the opportunity to read the reasons of Lamer C.J. In part, his reasons suggest, first, that the Dunsmuir Agreement involved "public" duties, and, second, that their statutory character ought to be inferred from the characterization of the Dunsmuir Agreement as a constitutional-dispute-settlement device. Both of these points emphasize the historical importance of the Dunsmuir Agreement obligations, and with that emphasis I do not quarrel. However, with respect, I take issue with the suggestion that stability must be achieved through statute. Practical considerations and the politics of the day rendered stable the Dunsmuir Agreement obligations. Its perseverance through many decades is testimony to that fact. We need not discount the importance of public duties or constitutional settlements in order to characterize the Dunsmuir Agreement as contractual rather than statutory.

For all of these reasons, I conclude that it is not necessary for Parliament to enact special legisla-

Une façon simple de répondre à l'argument de la Colombie-Britannique est d'affirmer qu'en 1912 la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour légiférer relativement à l'exploitation du chemin de fer de l'Île. Étant donné que la *Loi déclaratoire de 1905* lui avait conféré compétence sur cette ligne, le Canada avait la capacité exclusive de légiférer à cet égard. Certes, on n'a pas tenté de laisser entendre que le prolongement entre Nanaimo et Courtenay devrait être distingué de l'entreprise qui existait à l'époque de la *Loi déclaratoire de 1905*. En conséquence, même si la Colombie-Britannique était indubitablement compétente pour exiger de la Compagnie E & N une promesse contractuelle d'exploitation sans interruption et que cette promesse pouvait être autorisée dans la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*, cette loi ne pouvait pas conférer le statut d'obligation légale à la promesse en question. Il est bien établi en droit que la définition de l'expression «loi spéciale» dans la *Loi sur les chemins de fer* vise seulement les dispositions *intra vires* de ces lois.

Enfin, depuis la rédaction de ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer. Il laisse d'abord entendre, notamment, que la convention Dunsmuir comportait des obligations «publiques» et, ensuite, qu'il faut en déduire qu'elles ont un caractère légal si l'on qualifie la convention Dunsmuir de mécanisme de règlement d'un litige constitutionnel. Ces deux points font ressortir l'importance historique des obligations prévues dans la convention Dunsmuir, ce que je ne conteste pas. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec l'idée que la stabilité doit être réalisée par voie législative. Ce sont des considérations pratiques et les politiques alors en vigueur qui ont stabilisé les obligations de la convention Dunsmuir. Le fait qu'elle ait continué de s'appliquer pendant de nombreuses décennies en témoigne. Nous n'avons pas à ignorer l'importance des obligations publiques ou des règlements d'ordre constitutionnel pour qualifier la convention Dunsmuir de contractuelle plutôt que de légale.

Pour tous ces motifs, je conclus que le Parlement n'a pas à adopter de loi spéciale pour ordon-

tion to order termination of services on the E & N line. The E & N Company never became obligated to ensure the continuous operation of that line as a statutory proposition. Accordingly, the "special Act" exemption in the *Railway Act* is of no application in this case. I would allow the appeal on this issue.

C. *The Administrative Issue*

The administrative law analysis begins with s. 268(2) of the *Railway Act*. That provision establishes the five-year review requirement which was not observed in this case. Section 268(2) provides:

(2) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, the Commission shall so order, and thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof, as the case may be, for the purpose of determining whether the passenger-train service should be discontinued . . .

Claiming authority under s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the Governor in Council in this case purported to vary 1984 CTC Order R-36539, despite the fact that no review occurred within five years as contemplated by s. 268(2) of the *Railway Act*. Section 64 of the *National Transportation Act, 1987* gives the Governor in Council the following powers of review:

64. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of any party or person interested or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding on the Agency and on all parties.

The question which must be answered is whether the Governor in Council can vary an order pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, when the NTA failed to conduct a five-

ner la suppression du service sur la ligne E & N. La Compagnie E & N n'a jamais été légalement tenue d'exploiter sans interruption de cette ligne. En conséquence, l'exemption relative à une «loi spéciale», que l'on trouve dans la *Loi sur les chemins de fer* n'est pas applicable en l'espèce. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point.

C. *La question de droit administratif*

L'analyse de la question de droit administratif commence par l'examen du par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. Cette disposition prescrit un examen quinquennal et on ne s'est pas conformé à cette exigence en l'espèce. Voici le texte du par. 268(2):

(2) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs ne doit pas cesser, elle prend une ordonnance à cet effet, puis réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois, selon le cas, aux fins de décider si l'exploitation du service de trains de voyageurs devrait cesser; . . .

Se fondant sur l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le gouverneur en conseil a entrepris en l'espèce de modifier l'ordonnance R-36539 de la CCT, même si l'examen quinquennal prévu au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* n'avait pas été fait. L'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* confère au gouverneur en conseil les pouvoirs d'examen suivants:

64. Le gouverneur en conseil peut à tout moment, à son appréciation, modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'une personne intéressée, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière; les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

Il s'agit de savoir si le gouverneur en conseil peut, conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, modifier une ordonnance si l'ONT n'a pas procédé à l'examen quin-

year review pursuant to s. 268(2) of the *Railway Act*.

The parties are agreed that the Governor in Council has a vast discretion by virtue of s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*. This Court described the s. 64 discretion in very broad terms in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 745 (*per Estey J.*):

In its present state, s. 64 creates a right of appeal on questions of "law or jurisdiction" to the Federal Court of Appeal and an unlimited or unconditional right to petition the Governor in Council to "vary or rescind" any "order, decision, rule or regulation" of the Commission. These avenues of review by their terms are quite different. The Governor in Council may vary any such order on his own initiative. The power is not limited to an order of the Commission but extends to its rules or regulations. The review by the Governor in Council is not limited to an order made by the Commission *inter partes* or to an order limited in scope. . . . There can be found in s. 64 nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council, or indeed any guidelines, procedural or substantive, for the exercise of its functions. . .

Relying upon this statement from *Inuit Tapirisat* and upon the language of s. 64 which permits Governor in Council review "at any time", Canada argues that satisfaction of the five-year review requirement is not a precondition to a variation order.

Although there is force in Canada's position, I would not ascribe to the view that s. 64 conveys an untrammelled power to the Governor in Council. When, in *Inuit Tapirisat*, Estey J. observed that there is "nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council", he was considering the nature of a s. 64 appeal, and, particularly, the extent to which s. 64 involves procedural safeguards. This case involves a distinctly different issue, namely, whether there are any substantive preconditions to the exercise of the Governor in Council's discretion under s. 64.

quennal prescrit par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*.

Les parties ont convenu que le gouverneur en conseil possède un vaste pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Notre Cour a donné une description très large de ce pouvoir discrétionnaire dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 745 (le juge Estey):

Dans sa forme actuelle, l'art. 64 crée un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale sur des questions de «droit ou . . . de compétence» et un droit illimité ou inconditionnel de demander par requête au gouverneur en conseil de «modifier ou rescinder» toute «ordonnance, décision, règle ou règlement» du Conseil. Les modalités de ces deux voies de révision sont très différentes. Le gouverneur en conseil peut modifier toute ordonnance de son propre mouvement. Ce pouvoir n'est pas limité à une ordonnance du Conseil mais s'étend à ses règles ou règlements. La révision par le gouverneur en conseil n'est pas limitée à une ordonnance rendue par le Conseil *inter partes* ou à une ordonnance de portée limitée. [. . .] Rien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions . . .

Se fondant sur ce passage de l'arrêt *Inuit Tapirisat* et sur le texte de l'art. 64 qui permet au gouverneur en conseil de procéder à un examen «à tout moment», le Canada soutient qu'il n'est pas nécessaire d'avoir préalablement effectué l'examen quinquennal pour pouvoir rendre une ordonnance modificative.

Bien que la position du Canada ait un certains poids, je ne souscris pas à l'opinion selon laquelle l'art. 64 confère un pouvoir illimité au gouverneur en conseil. Lorsque, dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, le juge Estey a fait remarquer que «[r]ien [. . .] ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil», il examinait la nature d'un appel fondé sur l'art. 64 et, en particulier, la mesure dans laquelle cet article comporte des garanties procédurales. Le présent pourvoi porte sur une question nettement différente, savoir s'il existe des conditions de fond préalables à l'exercice par le gouverneur en conseil du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 64.

I generally agree with the following statement by B. S. Romaniuk and H. N. Janisch in "Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition" (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, at p. 628:

... subsection 64(1) deals exclusively with the power of Cabinet to vary or rescind CRTC [and NTA] decisions. It would be inappropriate in principle to attribute substantive law-making capacity to a statutory provision which merely creates a power of appeal or review. In any event, Cabinet's competence is confined to "any order, decision, rule or regulation of the Commission" which must mean any order, decision, rule or regulation made within the Commission's jurisdiction, as there can be no appeal from a nullity. In other words, Cabinet is not given any new authority to deal with telecommunications matters *ab initio*. Cabinet's authority is restricted to matters already dealt with by the Commission, and such matters must be orders, decisions, rules or regulations, that is to say, intra-jurisdictional matters.

While the Governor in Council can vary an order "at any time" pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, and while the s. 64 jurisdiction has been recognized as vast in *Inuit Tapirisat, supra*, the s. 64 power can only be exercised if a CTC or NTA "order" exists. The only relevant issue becomes whether CTC Order R-36539 ceased to have effect five years after it was issued pursuant to s. 268(2) of the *Railway Act*.

A rather direct answer to the question is that s. 268(2) of the *Railway Act* comprehends two separate obligations for the NTA. The first obligation arises once the NTA determines that an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, in which case the NTA "shall so order". The second immediately follows, in so far as the NTA "thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years". What is important to note about this structure is that the NTA is not required to reconsider its continuation order within five years; the NTA is

Je suis généralement d'accord avec l'affirmation suivante de B. S. Romaniuk et de H. N. Janisch dans «Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition» (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, à la p. 628:

[TRADUCTION] ... le paragraphe 64(1) porte exclusivement sur le pouvoir du Cabinet de modifier ou d'annuler les décisions du CRTC [et de l'ONT]. Il ne conviendrait pas en principe d'associer un pouvoir d'adopter des règles de fond à une disposition législative qui crée simplement un pouvoir d'appel ou d'examen. Quoi qu'il en soit, la compétence du Cabinet se limite aux «décisions, arrêtés, règles ou règlements» de la Commission, ce qui doit vouloir dire les décisions, arrêtés, règles ou règlements pris dans les limites de la compétence de la Commission, comme on ne saurait porter en appel ce qui est entaché de nullité. En d'autres termes, le Cabinet ne se voit pas conférer un nouveau pouvoir d'examiner *ab initio* les questions de télécommunications. Le pouvoir du Cabinet est limité aux questions déjà examinées par la Commission, et il doit s'agir de décisions, arrêtés, règles ou règlements, c'est-à-dire de questions relevant de sa compétence.

Bien que le gouverneur en conseil puisse «à tout moment» modifier un arrêté, conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, et que le caractère vaste de la compétence visée à l'art. 64 ait été reconnu dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, précité, le pouvoir qui y est prévu ne peut être exercé que si la CCT ou l'ONT a pris une «ordonnance» ou un «arrêté» selon le cas. La seule question pertinente est alors de savoir si l'ordonnance R-36539 de la CCT a cessé d'être exécutoire cinq ans après avoir été rendue, conformément au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*.

Pour répondre assez directement à cette question, on peut affirmer que le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* impose à l'ONT deux obligations distinctes. La première obligation naît lorsque l'ONT décide qu'il n'y a pas lieu de cesser l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs, auquel cas l'ONT «prend une ordonnance à cet effet». La deuxième suit immédiatement, dans la mesure où l'ONT «réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans». Ce qu'il importe de noter au sujet de cette structure, c'est

only required to reconsider the application for discontinuance which originally led to that order. Thus, there is nothing in s. 268(2) to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years. The silence of the *Railway Act* with respect to the term of the order suggests that the order will persist as issued until varied or set aside.

This interpretation, I acknowledge, is contrary to the one apparently expressed in *City of Melville v. Attorney General of Canada*, [1983] 2 F.C. 123 (C.A.). That case involved an order-in-council made pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act*, 1987 (formerly the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17), which purported to vary a CTC order. Like the order in this case, the CTC order in *Melville* was not reviewed by the CTC within five years, and a statement of claim alleged that the order-in-council was, consequently, ineffective. In the Federal Court of Appeal, the statement of claim was struck out, for reasons expressed in *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 (C.A.). The reasoning from *Jasper Park* which must have been adopted is the following statement by Heald J.A.: "I do not agree that subsection 64(1) [of the *National Transportation Act*, 1987] authorizes the Governor in Council to vary any and all Commission orders no matter when they are issued . . ." (p. 115 (emphasis in original)). To the extent that *Melville*, *supra*, must thus assert that CTC or NTA orders lapse if the s. 268(2) review does not occur, I find it in error.

I note in passing that Order R-36539 is consistent with the interpretation I have adopted. The Court of Appeal suggested below that the order "by its terms . . . expired five years after it was pronounced" (p. 328). By its terms, Order R-36539

que l'ONT n'est pas tenu de réexaminer son ordonnance de maintien dans les cinq ans; l'ONT n'a qu'à réexaminer la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance. En conséquence, le par. 268(2) ne laisse aucunement entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans. Le fait que la *Loi sur les chemins de fer* ne précise pas la durée de l'ordonnance porte à croire qu'elle demeure en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou annulée.

Je reconnais que cette interprétation va à l'encontre de celle qui a apparemment été exposée dans l'arrêt *City of Melville c. Procureur général du Canada*, [1983] 2 C.F. 123 (C.A.). Cet arrêt portait sur un décret pris conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* (auparavant la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17), qui avait pour objet de modifier une ordonnance de la CCT. Comme en l'espèce, l'ordonnance de la CCT dans *Melville* n'avait pas fait l'objet d'un examen quinquennal par la CCT et il était allégué, dans une déclaration, que le décret était donc sans effet. Devant la Cour d'appel fédérale, la déclaration a été radiée pour les motifs exposés dans l'arrêt *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98 (C.A.). Le raisonnement tiré de *Jasper Park* qui doit avoir été adopté est l'énoncé suivant du juge Heald: «Je ne suis pas d'accord que le paragraphe 64(1) [de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*] autorise le gouverneur en conseil à modifier n'importe quelle ordonnance et toutes les ordonnances de la Commission, quelle que soit la date où elles ont été rendues . . . » (p. 115 (souligné dans l'original)). J'estime que l'arrêt *Melville*, précité, est erroné dans la mesure où il doit ainsi établir que les ordonnances de la CCT ou les arrêtés de l'ONT deviennent caducs si l'examen prévu au par. 268(2) n'est pas effectué.

Je note en passant que l'ordonnance R-36539 est compatible avec l'interprétation que j'ai adoptée. La Cour d'appel a affirmé que l'ordonnance [TRANSLATION] «a pris fin cinq ans après avoir été rendue [. . .] en raison de son propre texte» (p. 328).

simply directed the E & N Company and Via Rail “not to discontinue the operation of the passenger-train service”. The order was not limited in time, nor do its terms suggest that failure to conduct a review of the application to discontinue will affect its persistence. I must therefore respectfully disagree with the Court of Appeal on this point.

These comments, in my view, are sufficient to dispose of the third ground of appeal. The parties and the courts below discussed this ground in terms of whether s. 268(2), particularly in so far as the provision includes the words “shall reconsider”, should be classified as a mandatory or directory provision. As I have interpreted them, however, the words “shall reconsider” are referable only to the original application for discontinuance, not to the CTC or NTA order. Since nothing turns on the persistence of the original application in this case, I would prefer not to discuss whether these words have a mandatory effect with regard to the application for discontinuance itself, since this case lacks a relevant factual foundation.

However, since preparing the foregoing reasons, I have had the opportunity of reading the reasons prepared by my colleague McLachlin J. In light of her position, I believe I must proceed to discuss the administrative issue further. I will address two points: first, the interpretation of s. 268(2) as a mandatory or directory provision; and, second, the related issue of *mandamus*.

To begin, I evince some concern about whether it is profitable to characterize s. 268(2) using the words “mandatory” or “directory” in a reverential way. These words, well-known to Anglo-Canadian jurisprudence, respond as best they can when the facts of a case involve failed procedural preconditions. Professor Wade introduces the topic of procedural conditions using the following language, in *Administrative Law* (6th ed. 1988), at pp. 245-46:

L’ordonnance R-36539 enjoignait simplement à la Compagnie E & N et à Via Rail [TRADUCTION] «de ne pas cesser l’exploitation du service de trains de voyageurs». Cette ordonnance n’était pas de durée limitée et elle ne laissait pas entendre que l’omission d’examiner la demande de suppression de service allait en compromettre le maintien. En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord avec la Cour d’appel sur ce point.

À mon avis, ces commentaires suffisent pour trancher le troisième moyen d’appel. Les parties et les tribunaux d’instance inférieure ont analysé ce moyen en se demandant si le par. 268(2) devrait être qualifié de disposition impérative ou directive dans la mesure où il prévoit que la Commission «réexamine». Toutefois, si je comprends bien, le terme «réexamine» se rapporte seulement à la demande initiale de suppression de service et non à l’ordonnance de la CCT ou à l’arrêté de l’ONT. Puisque rien ne dépend du maintien de la demande initiale en l’espèce, je préfère ne pas examiner si ce terme a une incidence impérative relativement à la demande même de suppression de service, étant donné que le présent pourvoi est dépourvu d’un fondement factuel pertinent.

Cependant, depuis que j’ai rédigé les motifs qui précèdent, j’ai pris connaissance de ceux de ma collègue le juge McLachlin. Compte tenu de l’opinion qu’elle exprime, je crois nécessaire d’examiner davantage la question de droit administratif. J’aborderai deux points: premièrement, la question de savoir s’il y a lieu d’interpréter le par. 268(2) comme une disposition impérative ou directive, et deuxièmement, la question connexe du *mandamus*.

Pour commencer, je me préoccupe de la question de savoir s’il est utile de qualifier le par. 268(2) par un usage révérenciel du mot «impératif» ou «directif». Ces termes, bien connus dans la jurisprudence anglo-canadienne, conviennent le mieux dans le cas où des conditions préalables de nature procédurale n’ont pas été remplies. Voici comment le professeur Wade présente la question des conditions procédurales dans *Administrative Law* (6^e éd. 1988), aux pp. 245 et 246:

If the authority fails to observe such a condition, is its action *ultra vires*? The answer depends upon whether the condition is held to be mandatory or directory. Non-observance of a mandatory condition is fatal to the validity of the action. But if the condition is held to be merely directory, its non-observance will not matter for this purpose. In other words, it is not every omission or defect which entails the drastic penalty of invalidity.

Noticeably, what Professor Wade calls the “drastic penalty of invalidity”, he ties to the concept of powers exercised *ultra vires*. Given the limitations of the debate premised upon the “mandatory” and “directory” labels — which limitations I will proceed to describe — it is with some reluctance that I invoke this debate in the context of s. 268(2). I say this because the disputed CTC order was clearly *intra vires* when it was originally made. There is a subtle but real distinction between an order which was a nullity when made because of some procedural defect, and an admittedly *intra vires* order which may cease to have effect according to the terms of an enabling provision.

Nonetheless, I must reluctantly cast aside this distinction and accept that whenever a statute uses the word “shall”, there is a great temptation to emboss upon the word a conclusory label. Is the word “shall” in s. 268(2) “mandatory” or “directory” in its effect? McLachlin J. proceeds to answer this question by first citing *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), and with that traditional citation I have no quarrel. I prefer, however, to place the greater emphasis on what has become of *Normandin* in Canadian case law.

In particular, I think it is relevant to note that in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court commented upon the doctrinal basis of the *Normandin* distinction. The Court stated (at p. 741):

The doctrinal basis of the mandatory/directory distinction is difficult to ascertain. The “serious general

[TRADUCTION] Si l'autorité ne remplit pas une telle condition, l'acte qu'elle a accompli est-il *ultra vires*? La réponse varie selon que la condition est jugée impérative ou directive. L'inobservation d'une condition impérative est fatale pour la validité de l'acte. Cependant, si la condition est jugée simplement directive, son inobservation sera sans importance à cette fin. En d'autres termes, ce ne sont pas toutes les omissions ou tous les défauts qui entraînent la sanction draconienne de l'invalidité.

Visiblement, le professeur Wade rattache «la sanction draconienne de l'invalidité» au concept de l'*ultra vires*. Compte tenu des limites (que je vais décrire) du débat fondé sur les termes «impératif» et «directif», c'est avec une certaine hésitation que j'invoque ce débat dans le contexte du par. 268(2). J'affirme ceci parce que l'arrêt contesté de l'ONT était clairement *intra vires* à l'origine. Il existe une distinction subtile mais réelle entre une ordonnance qui était nulle au départ à cause d'un vice de procédure, et une ordonnance certes *intra vires* qui peut cesser de s'appliquer en vertu des dispositions d'une loi habilitante.

Néanmoins, je dois, non sans hésitation, mettre de côté cette distinction et reconnaître que l'on est fort tenté d'associer un caractère péremptoire à l'usage de l'indicatif présent («shall» en anglais) dans une loi. L'usage de l'indicatif présent au par. 268(2) a-t-il un effet «impératif» ou «directif»? Le juge McLachlin entreprend de répondre à cette question en citant tout d'abord un extrait de l'arrêt *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.), et je n'ai rien à dire contre cette citation classique. Toutefois, je préfère mettre davantage l'accent sur ce qui est advenu de l'arrêt *Normandin* dans la jurisprudence canadienne.

En particulier, je crois qu'il est pertinent de souligner que, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour a fait des commentaires sur le fondement doctrinal de la distinction établie dans l'arrêt *Normandin*. La Cour affirme, à la p. 741:

Il est difficile de vérifier le fondement doctrinal de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est direc-

inconvenience or injustice” of which Sir Arthur Channell speaks in *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, *supra*, appears to lie at the root of the distinction as it is applied by the courts.

In other words, courts tend to ask, simply: would it be seriously inconvenient to regard the performance of some statutory direction as an imperative?

There can be no doubt about the character of the present inquiry. The “mandatory” and “directory” labels themselves offer no magical assistance as one defines the nature of a statutory direction. Rather, the inquiry itself is blatantly result-oriented. In *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, this Court cited *R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112 (C.A.), *per* Russell J., at p. 130, to make the point. It is useful to make it again. Russell J. stated:

I do not profess to be able to draw the distinction between what is directory and what is imperative, and I find that I am not alone in suspecting that, under the authorities, a provision may become directory if it is very desirable that compliance with it should not have been omitted, when that same provision would have been held to be imperative if the necessity had not arisen for the opposite ruling.

The temptation is very great, where the consequences of holding a statute to be imperative are seriously inconvenient, to strain a point in favor of the contention that it is mere directory. . . .

Thus, the manipulation of mandate and direction is, for the most part, the manipulation of an end and not a means. In this sense, to quote again from *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, the principle is “vague and expedient” (p. 742). This means that the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision. The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. But the process perhaps evokes a special concern for “inconvenient” effects, both public

tif. L’«injustice ou [les] inconvénients généraux graves» dont parle sir Arthur Channell dans l’arrêt *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, précité, semblent servir de fondement à la distinction appliquée par les tribunaux.

En d’autres termes, les tribunaux ont tendance à se poser la question suivante: y aurait-il des inconvénients graves à considérer comme impérative l’exécution d’une certaine fonction prévue par la loi?

Il ne peut y avoir de doute quant à la nature de l’examen en l’espèce. Les étiquettes «impérative» et «directive» ne sont elles-mêmes d’aucun secours magique pour définir la nature d’une fonction prévue par la loi. L’examen lui-même est plutôt incontestablement axé sur le résultat. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, notre Cour cite, à l’appui de son point de vue, l’arrêt *R. ex rel. Anderson c. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112 (C.A.), motifs du juge Russell, à la p. 130. Je crois utile de citer de nouveau ce passage:

[TRADUCTION] Je ne prétends pas être capable de faire la distinction entre ce qui est directif et ce qui est impératif, et je conclus que je ne suis pas le seul à avoir le sentiment que, selon la jurisprudence, une disposition peut devenir directive s’il est très souhaitable qu’on n’y ait pas dérogé, alors que la même disposition aurait été déclarée impérative s’il n’avait pas été nécessaire de conclure en sens contraire.

Lorsque la conclusion qu’une loi est impérative entraîne des inconvénients graves, on est grandement tenté de faire une exception en faveur de la prétention qu’elle est simplement directive. . . .

Ainsi, l’application de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif est, la plupart du temps, fondée sur une question de fin et non de moyens. En ce sens, pour citer de nouveau le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, le principe est «vague» et «utilisé comme expédient» (p. 742). Cela signifie que le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa décision. La décision repose sur le processus habituel d’interprétation législative. Cependant, ce proces-

and private, which will emanate from the interpretive result.

With these thoughts in mind, I acknowledge my agreement with much of what McLachlin J. has said. In particular, I agree with her that the language of s. 268(2), and especially its use of the word "shall", suggests an imperative reading. Indeed, in *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, this Court characterized the word shall as "presumptively imperative" in its ordinary grammatical meaning (p. 737). I also agree with McLachlin J. that the structure of the *Railway Act* demonstrates a concern for public input into termination decisions. Those concerns are real and pressing, and to ignore the value of public input in termination decisions would be to condone at least some level of inconvenience. But in my view, to the extent that I must make this alternative finding, I believe the approach of McLachlin J. focuses on the inconvenience of trammelling public input to the virtual exclusion of other kinds of inconvenience, both public and private.

I agree with McLachlin J. that if it is not possible to distinguish in s. 268(2) between the application for discontinuance and the eventual order, then the word "shall" as used in that section impacts upon both instruments. In other words, just as McLachlin J. would find the order to expire following the NTA failure to hold a five-year review, she would find that an application for discontinuance ceases to persist likewise. She states this most clearly when she observes (at p. 133):

The application would appear to be spent, or to terminate, only upon two events: (1) if the application for discontinuance is allowed, and (2) if it is denied and no reconsideration takes place at the end of the five-year period.

sus suscite peut-être une préoccupation spéciale pour les inconvénients tant publics que privés auxquels donnera lieu l'interprétation adoptée.

^a Gardant cela à l'esprit, je reconnais que je sous-cris à la majorité des propos du juge McLachlin. Plus particulièrement, je suis d'accord avec elle pour dire que le texte du par. 268(2), et particulièrement l'usage qu'on y fait de l'indicatif présent («shall» en anglais), donne à entendre qu'il s'agit d'une disposition impérative. En fait, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, notre Cour a dit que le terme «shall», employé dans son sens grammatical ordinaire, est, «par présomption, impératif» (p. 737). Je suis également d'accord avec le juge McLachlin pour dire que l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* dénote une préoccupation pour l'apport du public dans la prise de décisions concernant la suppression de service. Ces préoccupations sont réelles et urgentes, et ignorer l'utilité de l'apport du public à ce chapitre reviendrait à fermer les yeux sur au moins certains inconvénients. Cependant, j'estime que, dans la mesure où je dois tirer cette conclusion subsidiaire, la solution du juge McLachlin est axée sur les inconvénients d'entraver l'apport du public, pratiquement à l'exclusion de tous les autres types d'inconvénients, tant publics que privés.

^e Je suis d'accord avec le juge McLachlin pour dire que, s'il n'est pas possible d'établir, dans le par. 268(2), une distinction entre la demande de suppression de service et l'ordonnance éventuelle, alors l'indicatif présent utilisé dans la disposition a un effet sur les deux instruments. En d'autres termes, tout comme elle conclurait que l'ordonnance prend fin si l'ONT omet de procéder à un examen quinquennal, le juge McLachlin conclurait également qu'une demande de suppression de service prendrait fin de la même manière. C'est ce qu'elle affirme très clairement lorsqu'elle fait observer (p. 133):

La demande semblerait devenir caduque ou prendre fin dans deux cas seulement: (1) si la demande de suppression est accueillie et (2), si la demande est rejetée et qu'aucun réexamen n'est fait à l'expiration de la période de cinq ans.

But what is the effect of this finding? If applications can expire automatically after five years, are there other elements of inconvenience to be considered?

In my opinion, there are significant adverse consequences associated with finding that s. 268(2) is mandatory in respect of applications to discontinue. These consequences derive from the treatment of subsidies in the *Railway Act*, which subsidies are available to support an uneconomic service ordered to continue: see s. 270(2). In particular, they derive from the definition of the subsidy "claim period" in s. 270(1). That definition provides:

270. (1) In this section,

"claim period" means, in relation to any uneconomic passenger-train service, the period

(a) beginning ninety days after the date the application to discontinue the service has been filed with the Commission in accordance with the rules and regulations of the Commission, and

(b) ending on the date fixed by the Commission, or as varied pursuant to section 64 of the *National Transportation Act*, 1987, for the discontinuance of the service or part thereof;

What is important to observe about this definition is that a company's entitlement to subsidy support is tied to the "date [of] the application to discontinue the service" by virtue of s. 270(1)(a). But if the application ceases to persist, what becomes of the entitlement? McLachlin J. suggests that "[n]o case has been made that the subsidies that compensate the railroad company . . . would be affected" (p. 138). But I suggest that the answer to the question just posed is obvious, and that such an answer was pressed upon this Court by Canada. In its factum, Canada stated:

. . . if the decision of the Courts below on this issue were upheld then railway companies would be liable to suffer financial prejudice through no fault of their own in any case where the National Transportation Authority failed to carry out its duty to conduct a five year review. The

Cependant, quel est l'effet de cette conclusion? Si les demandes peuvent prendre fin automatiquement après cinq ans, y a-t-il d'autres inconvénients dont il faut tenir compte?

À mon avis, d'importantes conséquences négatives résultent de la conclusion que le par. 268(2) est une disposition impérative en ce qui concerne les demandes de suppression de service. Ces conséquences découlent de la façon dont la *Loi sur les chemins de fer* traite les subventions, lesquelles sont disponibles pour financer un service non rentable dont on a ordonné le maintien: voir le par. 270(2). Elles découlent, en particulier, de la définition de l'expression «période de réclamation» que l'on trouve au par. 270(1). Cette définition est la suivante:

270. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«période de réclamation» Par rapport à un service non rentable de trains de voyageurs, la période:

a) qui commence quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la demande de suppression du service a été déposée à la Commission en conformité avec les règles et règlements de celle-ci;

b) qui se termine à la date fixée par la Commission, ou modifiée en conformité avec l'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, pour la suppression totale ou partielle du service.

En ce qui concerne cette définition, il importe de faire remarquer que le droit d'une compagnie à des subventions est, en vertu de l'al. 270(1)a), lié à «la date à laquelle la demande de suppression du service a été déposée». Toutefois, si la demande devient caduque, qu'advient-il de ce droit? Le juge McLachlin affirme qu'«[o]n n'a pas fait valoir que les subventions que la compagnie de chemin de fer reçoit en compensation seraient touchées» (p. 138). Cependant, j'estime que la réponse à la question que je viens de poser est évidente et qu'elle nous a été proposée par le Canada dans son mémoire, où on affirme:

[TRADUCTION] . . . si la décision des tribunaux d'instance inférieure était maintenue sur cette question, les compagnies de chemin de fer risqueraient de subir un préjudice financier sans aucune faute de leur part lorsque l'Office national des transports omet de procéder à l'examen

railway company would be obliged by law to operate the uneconomic service, but would lose the benefit of the subsidy which Parliament intended it to receive . . .

The strength of Canada's argument is witnessed by s. 270(2) of the *Railway Act*, which allows that a company can file a claim for subsidy support only in respect of "actual loss of the company attributable to the service in any financial year of the company within the claim period" (emphasis added).

Therefore, if, at the end of a five-year period, an application expired and a company's entitlement to subsidy support expired with it, the result would be highly anomalous. There is no question that a company would remain bound to operate the service, since the premise of the *Railway Act* is that service will continue unless an order for discontinuance is first obtained: see s. 265. And yet, such a company could not claim a subsidy once its application determined. The only recourse would involve re-application, in which case it is germane to observe that the s. 270(1)(a) definition permits subsidy claims only in respect of a period which begins "ninety days after the date the application to discontinue the service has been filed" (emphasis added).

A straightforward reading of those provisions which govern subsidization thus leads to one conclusion: if the word "shall" in s. 268(2) is mandatory in its effect, then railway companies can be deprived of subsidies without cause. As McLachlin J. observes, "[i]t is an extraordinary thing to demand of a company that it continue to operate an uneconomic service" (p. 136). Indeed it is, and to demand continued operation in the absence of otherwise available subsidy support is to deny the economic reality of the situation. There is both a public and private interest in the grand scale of railway economies. Thus, the "mandatory" label is associated with an eventuality to be

quinquennal. La compagnie de chemin de fer serait légalement tenue d'exploiter le service non rentable, mais perdrait le bénéfice de la subvention que le législateur avait l'intention de lui accorder . . .

La force de l'argument du Canada ressort du par. 270(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, qui prévoit qu'une compagnie ne peut déposer une demande de subvention que pour une «perte réelle de la compagnie attribuable au service pour tout exercice de la compagnie compris dans la période de réclamation» (je souligne).

En conséquence, si une demande a pris fin à l'expiration de la période de cinq ans et si le droit de la compagnie à des subventions s'est éteint avec elle, on arrive à un résultat fort anormal. Il est incontestable qu'une compagnie demeurerait tenue d'exploiter le service puisque la *Loi sur les chemins de fer* a pour principe qu'il y a maintien du service sauf si une ordonnance de suppression de service a d'abord été obtenue: voir l'art. 265. Pourtant, une telle compagnie ne pourrait réclamer une subvention une fois que sa demande a fait l'objet d'une décision. Son seul recours consisterait à présenter une nouvelle demande, auquel cas il convient de faire remarquer que l'al. 270(1)a) permet de réclamer des subventions seulement relativement à l'égard d'une période qui commence «quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la demande de suppression du service a été déposée» (je souligne).

Par conséquent, une interprétation simple des dispositions applicables aux subventions nous amène à la conclusion suivante: si l'indicatif présent employé au par. 268(2) a un effet «impératif», alors une compagnie de chemin de fer peut être privée sans raison de subventions. Comme le fait remarquer le juge McLachlin, «[i]l est exceptionnel d'exiger d'une compagnie qu'elle continue à exploiter un service non rentable» (p. 136). En fait, cela est vrai et ce serait nier la réalité économique de la situation que d'exiger le maintien de l'exploitation en l'absence de subventions par ailleurs disponibles. Il existe un intérêt à la fois public et privé dans les économies d'échelle des chemins de

avoided. That eventuality is seriously inconvenient.

Moreover, unlike both my colleague McLachlin J. and the Court of Appeal below, I believe that this potential for serious inconvenience can be identified without independent evidence of hardship. A straightforward reading of the *Railway Act* tells me that a company's legal entitlement to subsidies would be lost if the word "shall" in s. 268(2) were given an imperative reading. Hardship would result from the operation of the statute itself. I fail to appreciate how evidence could have been led so as to affect this interpretive conclusion.

Against this picture of inconvenience, British Columbia attempted to argue before this Court that a company could act to preserve its subsidy entitlement. It was suggested that a company could go to court to compel the s. 268(2) five-year review. My colleague McLachlin J. seems to have accepted this argument in part, inasmuch as she states: "[I]t was open to the CPR to move to have the NTA reconsider the application within the five-year period" (p. 138). Leaving aside the fact that the CPR was never a party to these proceedings, I challenge the premise upon which British Columbia's argument rests. This brings me to my second point: the related issue of mandamus.

The prerogative remedy of mandamus is used to enforce the performance of public duties by public authorities. I need not further elaborate upon its niceties, for in my introductory sentence, I have made the point I need to make: mandamus issues to remedy a breached duty. There can be no order of mandamus until a public authority is obliged to act.

A frequently cited authority for this proposition is *Karavos v. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17 (C.A.), which itself simply cites academic author-

fer. Par conséquent, l'étiquette «impératif» est associée à une éventualité à éviter. Cette éventualité constitue un grave inconvénient.

De plus, contrairement à ma collègue le juge McLachlin et à la Cour d'appel, je crois qu'il est possible de déceler ce risque d'inconvénient grave sans une preuve de préjudice indépendante. J'estime que, selon une interprétation simple de la *Loi sur les chemins de fer*, une compagnie perdrait le droit à des subventions, que lui confère la Loi, si on donnait un sens impératif à l'indicatif présent utilisé au par. 268(2). Un préjudice découlerait de l'application de la Loi elle-même. Je ne vois pas comment on aurait pu présenter une preuve permettant de modifier cette conclusion en matière d'interprétation.

Par rapport à ces inconvénients, la Colombie-Britannique a tenté de soutenir devant notre Cour qu'une compagnie pourrait prendre des mesures pour préserver son droit à des subventions. Elle a laissé entendre qu'une compagnie pourrait aller devant les tribunaux pour forcer la réalisation de l'examen quinquennal prévu au par. 268(2). Ma collègue le juge McLachlin semble avoir accepté cet argument en partie, dans la mesure où elle affirme: «il lui [CP] était loisible de demander à l'ONT de réexaminer la demande dans le délai de cinq ans» (p. 138). Mis à part le fait que le CP n'a jamais été partie aux présentes procédures, je conteste la prémisse sur laquelle repose l'argument de la Colombie-Britannique. Cela m'amène à l'examen de mon deuxième point: la question connexe du *mandamus*.

Le bref de prérogative que constitue le *mandamus* a pour objet de contraindre une autorité publique à s'acquitter de ses devoirs publics. Je n'ai pas besoin de préciser davantage les subtilités de ce redressement puisque j'ai déjà précisé dans mon introduction le point pertinent: un bref de *mandamus* vise à remédier au manquement à une obligation. Un bref de *mandamus* ne peut être déli-vré que si une autorité publique est tenue d'agir.

On cite souvent à l'appui de cette proposition l'arrêt *Karavos c. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17 (C.A.), dans lequel on ne fait qu'énumérer des

ity to summarize mandamus prerequisites. I withhold comment on all but the second prerequisite summarized by Laidlaw J.A., namely (at p. 18):

Before the remedy can be given, the applicant for it must show . . . (2) "The duty whose performance it is sought to coerce by *mandamus* must be actually due and incumbent upon the officer at the time of seeking the relief, and the writ will not lie to compel the doing of an act which he is not yet under obligation to perform".

Likewise in *Williamson v. Fisher*, [1934] O.W.N. 543 (C.A.), Middleton J.A. stated that mandamus proceedings must involve "a duty owing by the defendant to the plaintiff" (p. 546). See also *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. v. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465 (B.C.S.C.); and *Pacific Investments Ltd. v. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (S.C.T.D.), aff'd (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (S.C.A.D.).

In the absence of a duty, demonstrated to have accrued, the remedy of mandamus cannot be available, for to issue it would be to compel the particular exercise of a discretion. Compelled choice is a contradiction in terms. And so, on the facts of this case, there could have been no mandamus during the five-year period prescribed by s. 268(2) of the *Railway Act*. That provision contemplates that reconsideration will occur "at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof". This language makes it abundantly clear that until the five-year period expires, the s. 268(2) prescription has not been contravened. Until the end of the last day of the fifth year, no railway company could deny that the duty might yet be fulfilled.

All that the CPR could have done in this case, and I reiterate here that I am speculating about the options of a company which is not a party to these proceedings, is correspond with the NTA and request that the five-year review occur. The NTA

ouvrages de doctrine pour résumer les conditions préalables à l'obtention d'un *mandamus*. Mes commentaires ne porteront que sur la deuxième condition préalable résumée par le juge Laidlaw (à la p. 18):

[TRADUCTION] Pour être en mesure d'obtenir ce redressement, le requérant doit démontrer [...] (2) «la fonction dont on demande l'exercice par voie de *mandamus* doit réellement incomber au fonctionnaire en cause, au moment où le redressement est demandé, et le bref ne sera pas accordé pour forcer l'accomplissement de quelque chose qu'il n'est pas encore tenu de faire».

De même dans l'arrêt *Williamson c. Fisher*, [1934] O.W.N. 543 (C.A.), le juge Middleton a affirmé que le *mandamus* peut être obtenu [TRADUCTION] «si le défendeur a une obligation envers le demandeur» (p. 546). Voir aussi les décisions *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. c. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465 (C.S.C.-B.), et *Pacific Investments Ltd. c. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (C.S. 1^{re} inst.), conf. par (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (C.S. Sect. app.).

En l'absence d'une obligation exécutoire, il ne peut y avoir de *mandamus* car sa délivrance reviendrait à contraindre l'exercice particulier d'un pouvoir discrétionnaire. Un choix forcé est une contradiction en soi. Par conséquent, d'après les faits de la présente affaire, un *mandamus* n'aurait pu être délivré au cours de la période de cinq ans prescrite par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. Cette disposition prévoit qu'un réexamen aura lieu «à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois». Ces termes établissent très clairement qu'il n'y a pas contravention à ce que prescrit le par. 268(2) avant l'expiration de la période de cinq ans. Jusqu'au dernier jour de la cinquième année, une compagnie de chemin de fer ne pourrait nier que l'obligation pourrait encore être exécutée.

En l'espèce, la seule chose que le CP aurait pu faire, et je répète que ce sont là des hypothèses relativement aux choix qui s'offrent à une compagnie qui n'est pas partie au litige, aurait été d'écrire à l'ONT pour lui demander de procéder à

would have no legal obligation to respond. Is the subsidy claim of the CPR to hang upon so uncertain a hook? In my view, it should not. At least, it should not if another reasonable interpretation presents itself. So I answer, to the extent I am compelled to answer, that the word "shall" in s. 268(2) of the *Railway Act* is directory and not mandatory in its effect. I do not overlook the value of public input in reaching this decision. I simply find that the context of the *Railway Act* leads me to interpret inconvenience differently from my colleague McLachlin J.

For all of these reasons, I conclude that the courts below erred in determining that Order-in-Council P.C. 1990-21, clause (b)2 is *ultra vires* the Governor in Council. I would allow the appeal on this issue, and set aside the contrary declaration issued by the learned trial judge and affirmed by the Court of Appeal.

VI. Conclusions and Disposition

Three conclusions result from my analysis in this case. First, Canada has no constitutional obligation in respect of the operation of the Vancouver Island rail line. Second, to effect service termination on that line, it is not necessary for Parliament to enact special legislation; reliance may instead be placed on the termination provisions of the *Railway Act* or the review provision of the *National Transportation Act*, 1987. Finally, orders not to discontinue service, made pursuant to s. 268(2) of the *Railway Act*, do not lapse in the event that a review of the application for discontinuance does not occur within five years.

As these conclusions suggest, I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and hold in favour of Canada on all three issues. In the result, the amended petitions by the respondent herein dated

l'examen quinquennal. L'ONT n'aurait pas été légalement tenue de répondre. La demande de subvention du CP doit-elle être rattachée à un événement si incertain? J'estime que non. Tout au moins, elle ne devrait pas l'être s'il existe une autre interprétation raisonnable possible. C'est pourquoi je répond, dans la mesure où je suis tenu de le faire, que l'indicatif présent employé au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* a un effet directif et non impératif. Je n'oublie pas l'utilité de l'apport du public en prenant cette décision. Je conclus simplement que le contexte de la *Loi sur les chemins de fer* m'amène à interpréter les inconvénients différemment de ma collègue le juge McLachlin.

Pour tous ces motifs, je conclus que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en décidant que la clause (b)2 du décret C.P. 1990-21 excède les pouvoirs du gouverneur en conseil. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point et d'annuler le jugement déclaratoire contraire qui a été rendu par le juge de première instance et qui a été confirmé par la Cour d'appel.

VI. Conclusions et dispositif

Trois conclusions se dégagent de mon analyse. Premièrement, le Canada n'a, en vertu de la Constitution, aucune obligation relativement à l'exploitation de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver. Deuxièmement, pour supprimer le service sur cette ligne, le Parlement n'a pas besoin d'adopter une loi spéciale; au lieu de cela, il peut invoquer les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer* ou la disposition en matière d'examen contenue dans la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Enfin, les ordonnances de maintien du service, rendues conformément au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, ne deviennent pas caduques dans l'éventualité où un examen de la demande de suppression du service n'a pas lieu dans un intervalle de cinq ans.

Comme ces conclusions le laissent entendre, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique et de statuer en faveur du Canada sur les trois questions soulevées. En définitive, les requêtes modifiées de

October 30, 1989 and January 11, 1990 are dismissed. The parties shall bear their costs here and in the courts below.

l'intimé, en date du 30 octobre 1989 et du 11 janvier 1990, sont rejetées. Les parties assument leurs dépens dans toutes les cours.

The following are the reasons delivered by

^a Version française des motifs rendus par

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal presents three issues. I agree with Iacobucci J. on the issue of constitutional law and on the statutory interpretation point. On the third point, the administrative law point, I prefer the view of the Court of Appeal of British Columbia: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. On this ground, I would dismiss the appeal.

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi soulève trois questions. Je partage l'opinion du juge Iacobucci sur la question de droit constitutionnel de même que sur la question d'interprétation législative. Quant à la troisième question, celle de droit administratif, je préfère le point de vue de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. Pour ce motif, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Introduction — The Regulatory System

^d Introduction — Le système de réglementation

The third issue challenges the validity of the Order-in-Council which terminated the railway line. To understand this issue, it is necessary to outline the regulatory scheme which Parliament has established for the termination of railway lines.

La troisième question met en cause la validité du décret qui a supprimé la ligne de chemin de fer. Pour comprendre cette question, il est nécessaire de donner un aperçu du système de réglementation que le Parlement a établi aux fins de la suppression de lignes de chemins de fer.

The operation of passenger-train services in Canada is a matter of public interest. Sometimes lines are uneconomic. But because of their possible public importance, the companies that run them are not permitted simply to abandon them. Parliament has set up a regulatory scheme defining when and under what conditions the operation of uneconomic railway lines can be terminated: *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 265 to 269.

^f Au Canada, l'exploitation des services de trains de voyageurs est une question d'intérêt public. Il peut arriver que des lignes ne soient pas rentables. Mais étant donné l'importance publique que peuvent revêtir ces lignes, les compagnies qui les exploitent ne sont pas autorisées à les supprimer purement et simplement. Le Parlement a établi un système de réglementation qui détermine dans quels cas et à quelles conditions il peut y avoir suppression d'une ligne ferroviaire non rentable: *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 265 à 269.

265. (1) If a company desires to discontinue a passenger-train service, the company shall, in accordance with the rules and regulations of the Commission [National Transportation Agency] in that regard, file with the Commission an application to discontinue that service.

ⁱ 265. (1) Si une compagnie désire supprimer un service de trains de voyageurs, la compagnie, en conformité avec les règles et règlements de la Commission [Office national des transports] à ce sujet, dépose à la Commission une demande de suppression de ce service.

266. If the Commission finds that in its opinion the company, in the operation of the passenger-train service

^j 266. Si la Commission conclut qu'à son avis la compagnie, du fait de l'exploitation du service de trains de

with respect to which an application for discontinuance was made,

(a) has incurred actual loss in one or more of the prescribed accounting years including the last year thereof, the Commission shall, after such hearings, if any, as are required in its opinion to enable all persons who wish to do so to present their views on the discontinuance of the passenger-train service, and having regard to all matters that to it appear relevant, determine whether the passenger-train service is uneconomic and is likely to continue to be uneconomic and whether the passenger-train service should be discontinued; and

(b) has incurred no actual loss in the operation of the passenger-train service in the last year of the prescribed accounting years, it shall reject the application without prejudice to any application that may subsequently be made for discontinuance of that service.

267. In determining whether an uneconomic passenger-train service or parts thereof should be discontinued, the Commission shall consider all matters that in its opinion are relevant to the public interest including, without limiting the generality of the foregoing,

(a) the actual losses that are incurred in the operation of the passenger-train service;

(b) the alternative transportation services, including any highway or highway system serving the principal points served by the passenger-train service, that are available or are likely to be available in the area served by the service;

(c) the probable effect on other passenger-train service or other passenger carriers of the discontinuance of the service, or of parts thereof; and

(d) the probable future passenger transportation needs of the area served by the service.

268. (1) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should be discontinued, the Commission shall by order fix such date or dates for the discontinuance of the operation of the service or parts thereof as to the Commission appears to be in the public interest, but a discontinuance date shall be

(a) not earlier than thirty days from the date of the order; or

(b) not later than one year from the date of the order.

voyageurs à l'égard duquel elle a fait une demande de suppression:

a) a subi une perte réelle dans un ou plusieurs des exercices prescrits dont, notamment, le dernier de ces exercices, la Commission, après avoir tenu les audiences qu'elle estime nécessaires pour permettre à toutes les personnes qui le désirent de présenter leur point de vue sur la suppression du service de trains de voyageurs, et en tenant compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents, décide si le service de trains de voyageurs est non rentable et si vraisemblablement il continuera à le demeurer et si le service de trains de voyageurs doit être supprimé;

b) n'a pas subi de perte réelle dans l'exploitation de ce service de trains de voyageurs au cours du dernier des exercices prescrits, elle doit rejeter la demande de suppression sans préjudice de toute demande qui peut subséquemment être faite pour la suppression de ce service.

267. Lorsqu'elle décide si un service non rentable de trains de voyageurs ou de parties de celui-ci doivent ou non être supprimés, la Commission est tenue d'examiner toutes les questions qui, à son avis, concernent l'intérêt public, notamment:

a) les pertes réelles subies du fait de l'exploitation du service de trains de voyageurs;

b) les autres moyens de transport, notamment toute route ou système routier desservant les principaux points desservis par le service de trains de voyageurs, dont dispose ou dont disposera vraisemblablement la région desservie par le service;

c) l'effet probable qu'aurait, pour d'autres services de trains de voyageurs ou d'autres transporteurs de voyageurs, la suppression totale ou partielle du service;

d) les besoins éventuels qui se manifesteront probablement en matière de transport des voyageurs dans la région desservie par le service.

268. (1) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs doit cesser, elle fixe par ordonnance la ou les dates qui lui semblent être d'intérêt public pour l'arrêt de l'exploitation du service ou de parties de celui-ci; mais une date de cessation ne peut tomber:

a) ni avant le trentième jour qui suit la date de l'ordonnance;

b) ni après un an à compter de la date de l'ordonnance.

(2) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, the Commission shall so order, and thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof, as the case may be, for the purpose of determining whether the passenger-train service should be discontinued, and

(a) if the Commission finds that the passenger-train service has, since the last consideration, become an economic passenger-train service, it shall reject the application for discontinuance of the passenger-train service without prejudice to any application that may subsequently be made for the discontinuance of that service; or

(b) if the Commission finds that the passenger-train service continues to be an uneconomic service, it shall determine whether the service should be discontinued as provided by subsection (1) or continued as provided by this subsection.

269. The Commission shall cause such public notice of any hearing, finding, determination, order, reconsideration or rejection, made or given in respect of the passenger-train service pursuant to subsection 265(3), section 266 or subsection 268(1) or (2), to be given in the area served by the passenger-train service as the Commission deems reasonable.

The process involves several stages. The first is the stage of initial application to abandon. An application is brought before the National Transportation Agency ("NTA") to determine whether the company has suffered "actual loss": s. 265. If there is no actual loss, the application to abandon is dismissed: s. 266(b). If there is actual loss, the application proceeds to the second stage.

At the second stage, the NTA is required to determine if the passenger-train service is uneconomic and, if so, whether it should be discontinued: s. 266(a). Section 267 requires the NTA at this stage of the application to consider all matters that are in its opinion relevant to the public interest, including actual losses, alternative passenger services, probable effects on other train service or passenger carriers and probable future needs of

(2) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs ne doit pas cesser, elle prend une ordonnance à cet effet, puis réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois, selon le cas, aux fins de décider si l'exploitation du service de trains de voyageurs devrait cesser; et:

a) si la Commission conclut que le service de trains de voyageurs est devenu, depuis le dernier examen, un service rentable de trains de voyageurs, elle rejette la demande de suppression du service de trains de voyageurs sans préjudice de toute demande de suppression de ce service qui peut subséquemment être faite;

b) si la Commission conclut que le service de trains de voyageurs continue d'être un service non rentable, elle décide si le service devrait être supprimé comme le prévoit le paragraphe (1) ou maintenu comme le prévoit le présent paragraphe.

269. La Commission fait donner avis public de toute audience, constatation, détermination, ordonnance, de tout nouvel examen ou rejet qui concerne le service de trains de voyageurs en conformité avec le paragraphe 265(3), l'article 266 ou les paragraphes 268(1) ou (2), dans la région desservie par le service de trains de voyageurs comme la Commission l'estime suffisant.

Ce processus comporte plusieurs étapes. La première étape est celle de la demande initiale de suppression du service. La demande est déposée devant l'Office national des transports («ONT») qui détermine si la compagnie a subi une «perte réelle»: art. 265. S'il n'y a pas de perte réelle, la demande de suppression est rejetée: al. 266b). S'il y a une perte réelle, la demande passe à la deuxième étape.

À la seconde étape, l'ONT doit décider si le service de trains de voyageurs est non rentable et, le cas échéant, s'il y a lieu de le supprimer: al. 266a). Aux termes de l'art. 267, l'ONT est alors tenu d'examiner toutes les questions qui, à son avis, sont d'intérêt public, notamment les pertes réelles, les autres moyens de transport de passagers, les effets probables sur d'autres services de trains ou d'autres transporteurs de voyageurs et les besoins

passengers in the area. To determine these matters, the NTA may hold hearings.

At the end of the second stage, the NTA makes a decision as to the future of the line. If it concludes that the operation should be discontinued, it fixes by order the dates for the discontinuance of the service or parts of it: s. 268(1). On the other hand, if the NTA concludes that the uneconomic line should not be discontinued, it is obliged to do two things under s. 268(2). First, it must make an order that the service continue. Second, it must “reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof”.

Thus if the service is ordered continued, a third phase in the process is reached. This is the reconsideration of the application within the specified five-year period. The purpose of this reconsideration is made clear by s. 268(2)(a) and (b), which require the NTA to determine whether the passenger-train service “has, since the last consideration, become an economic passenger-train service”, or, alternatively, whether it “continues to be an uneconomic service” and if so, whether it nevertheless should be continued. Public notice must be given: s. 269. In brief, what is required is a reappraisal of the order for continuance in light of the actual economic and social conditions prevailing at the time of the third stage. The Act views the application as continuing during this entire process. The application would appear to be spent, or to terminate, only upon two events: (1) if the application for discontinuance is allowed, and (2) if it is denied and no reconsideration takes place at the end of the five-year period.

If the NTA, upon reconsideration, determines that the passenger-train service continues to be uneconomic, but that the applicant must continue to operate it notwithstanding, Parliament has provided a final avenue of recourse — a variation or rescission of the NTA’s order by Order-in-Council: *National Transportation Act*, 1987, R.S.C., 1985,

éventuels probables des voyageurs dans la région. L’ONT peut tenir des audiences pour trancher ces questions.

À la fin de la seconde étape, l’ONT rend une décision quant à l’avenir de la ligne. S’il conclut que l’exploitation doit cesser, il fixe par ordonnance les dates d’arrêt du service ou de parties de celui-ci: par. 268(1). Par contre, s’il conclut qu’il n’y a pas lieu de supprimer la ligne non rentable, le par. 268(2) lui impose deux obligations. En premier lieu, il doit rendre une ordonnance de maintien du service. En deuxième lieu, il doit «réexamine[r] [...] la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois».

Donc, s’il y a ordonnance de maintien du service, le processus entre alors dans une troisième phase, celle du réexamen de la demande dans le délai prescrit de cinq ans. L’objet de ce réexamen ressort clairement des al. 268(2)(a) et (b) qui exigent de l’ONT qu’il détermine si le service de trains de voyageurs «est devenu, depuis le dernier examen, un service rentable», ou encore, s’il «continue d’être un service non rentable» et, dans l’affirmative, s’il devrait néanmoins être maintenu. Un avis public doit être donné: art. 269. Somme toute, il doit y avoir réévaluation de l’ordonnance de maintien compte tenu des conditions économiques et sociales réelles existant à cette troisième étape. Aux yeux de la Loi, la demande se continue durant tout ce processus. La demande semblerait devenir caduque ou prendre fin dans deux cas seulement: (1) si la demande de suppression est accueillie et (2), si la demande est rejetée et qu’aucun réexamen n’est fait à l’expiration de la période de cinq ans.

Si, après réexamen, l’ONT conclut que le service de trains de voyageurs continue d’être non rentable mais que le requérant doit néanmoins continuer à l’exploiter, le Parlement a prévu un ultime recours, soit la modification ou l’annulation par décret de l’arrêté de l’ONT: *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e

c. 28 (3rd Supp.), s. 64. This is the fourth and final stage of the review process.

In this case, the third stage, reconsideration by the NTA within the five-year period, was skipped. After expiry of the five-year period, the matter went directly to the fourth stage, the Order-in-Council. The result was that the final order was made by the Cabinet without the NTA's reconsideration of current factors governing the application — a condition which Parliament chose to qualify by the mandatory term "shall" — and without the benefit of the public's current views on whether the service should be discontinued.

This raises the question of what happens to the NTA's stage-two order to continue the operation of the uneconomic passenger-train service if the required reconsideration is not undertaken within five years. One view is that the order for continued operation lapses. The other view is that the order continues notwithstanding the absence of review.

The Order-in-Council: s. 64 of the *National Transportation Act*, 1987

Section 64 of the *National Transportation Act*, 1987 empowers the Governor in Council to vary and rescind any decision or order of the NTA. While the language of the section is broad, it must be remembered that the powers it confers are in the nature of an appeal. Section 64 applies only to decisions or orders and the like made by the NTA: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735. If the NTA's decision that operation of the passenger-train service must continue is found to have lapsed due to failure to reconsider within the five-year period, then there is no order to be reversed and the Order-in-Council is invalid. If, on the other hand, the order is found to have continued, then the Order-in-Council is valid. Thus resolution of the third issue on this appeal comes down to this. Was the NTA's order valid, notwithstanding failure to hold the stage-three reconsideration, or did it lapse when, at

suppl.), art. 64. C'est la quatrième et dernière étape du processus d'examen.

En l'espèce, la troisième étape, celle du réexamen dans les cinq ans par l'ONT, n'a pas eu lieu. À l'expiration du délai, l'affaire est passée directement à la quatrième étape, celle du décret. Aussi le décret final a-t-il été pris par le Cabinet sans que l'ONT ait réexaminé la demande à la lumière des facteurs existants — condition que le Parlement a voulu impérative par l'emploi de l'indicatif présent — et sans que l'opinion publique ait pu se faire entendre sur l'opportunité de supprimer le service.

Cela soulève la question de savoir ce qu'il advient de l'ordonnance de maintien de l'exploitation du service de trains de voyageurs non rentable, rendue par l'ONT à la deuxième étape, si le réexamen requis n'est pas effectué dans les cinq ans. Certains soutiennent que l'ordonnance de maintien de l'exploitation devient caduque, d'autres qu'elle est toujours valide malgré l'absence de réexamen.

Le décret: art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*

L'article 64 de *Loi de 1987 sur les transports nationaux* habilite le gouverneur en conseil à modifier ou à annuler les décisions ou arrêtés de l'ONT. Malgré la formulation générale de la disposition, il ne faut pas oublier que les pouvoirs qu'elle confère tiennent de la nature d'un appel. L'article 64 ne s'applique qu'aux décisions, ordonnances, et ainsi de suite, prises par l'ONT: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735. Si l'on conclut que la décision de l'ONT d'ordonner le maintien du service de trains de voyageurs est devenue caduque en raison de l'omission de procéder à un réexamen dans les cinq ans, il n'y a alors aucune ordonnance à infirmer et le décret est invalide. Si, en revanche, on conclut au maintien de l'ordonnance, le décret est alors valide. La résolution de la troisième question soulevée dans le présent pourvoi se résume donc à ceci: l'arrêté de l'ONT était-il valide en dépit de l'omission de procéder au réexamen dont il est question à la troisième étape,

the end of five years, no reconsideration had been held?

The Argument of Iacobucci J.

My colleague Iacobucci J. concludes that the NTA order for continuance of the passenger-train service did not lapse. This conclusion is based on two arguments: (1) a narrow view of the stage-three reconsideration which confines it to the "original" application; and (2) the absence of an express provision in the Act as to the duration of the stage-two order (at p. 119):

... the NTA is not required to reconsider its continuance order within five years; the NTA is only required to reconsider the application for discontinuance which originally led to that order. Thus, there is nothing in s. 268(2) to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years. The silence of the *Railway Act* with respect to the term of the order suggests that the order will persist as issued until varied or set aside. [Emphasis in original.]

I deal first with the argument that Parliament did not intend the reconsideration to be a review of the NTA's order for continued operation, but merely a review of "the application for discontinuance which originally led to that order". This leads my colleague to conclude that since the reconsideration has nothing to do with the order, it should not affect the validity of the order. The argument, as I comprehend it, stands or falls on the proposition that the reconsideration does not involve reconsideration of the order. This proposition in turn depends on a distinction between the application and the order for continued operation of the railway.

I have three difficulties with this argument. First, I do not see how one can sever the application process from the order. As explained above, the language of the Act suggests that the application remains alive throughout the reconsideration process. The order for continuance of the service does not terminate the application, since the process is not complete. My colleague seems to sug-

ou est-il devenu caduc du fait qu'aucun réexamen n'avait eu lieu au bout de cinq ans.

L'argumentation du juge Iacobucci

Mon collègue le juge Iacobucci conclut que l'arrêté de l'ONT prescrivant le maintien du service de trains de voyageurs n'est pas devenu caduc. Sa conclusion est fondée sur deux arguments: (1) une interprétation étroite du réexamen dont il est question à la troisième étape, qui a pour effet de le confiner à la demande «initiale», et (2) l'absence de disposition expresse dans la Loi quant à la durée de l'ordonnance prononcée à la deuxième étape (à la p. 119):

... l'ONT n'est pas tenu de réexaminer son ordonnance de maintien dans les cinq ans; l'ONT n'a qu'à réexaminer la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance. En conséquence, le par. 268(2) ne laisse aucunement entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans. Le fait que la *Loi sur les chemins de fer* ne précise pas la durée de l'ordonnance porte à croire qu'elle demeure en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou annulée. [Souligné dans l'original.]

J'examinerai d'abord l'argument suivant lequel le Parlement n'entendait pas que le réexamen soit une révision de l'arrêté de l'ONT sur le maintien de l'exploitation, mais simplement que ce soit une révision de «la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance». Mon collègue en conclut qu'étant donné que le réexamen n'a rien à voir avec l'arrêté, il ne devrait pas porter atteinte à sa validité. Cet argument, si je comprends bien, repose sur la proposition selon laquelle le réexamen ne porte pas sur l'arrêté. Cette proposition repose, quant à elle, sur une distinction établie entre la demande et l'ordonnance de maintien de l'exploitation du chemin de fer.

Cet argument soulève à mon avis trois problèmes. Premièrement, je ne vois pas comment il est possible de dissocier le processus de demande de l'ordonnance. Comme je l'ai expliqué précédemment, le texte de la Loi laisse supposer que la demande reste valable pendant tout le processus de réexamen. L'ordonnance de maintien du service ne met pas fin à la demande puisque le processus

gest that one can distinguish the "original" application from the order which follows and reconsider only the application. This does not seem to me to accord with the process envisaged by the Act.

Second, if one could sever the "original" application from the order, and devote the s. 268(2) reconsideration only to the former, the process of reconsideration would be meaningless. Surely the only purpose of a reconsideration is to reconsider the decision that the uneconomic railway should continue to operate in light of current circumstances. In so far as one does so, one is considering the order. In so far as one does not, the reconsideration is pointless.

This brings me to my third difficulty. The interpretation of my colleague runs counter to the wording of s. 268(2)(a) and (b). The two subsections make it clear that Parliament intended the NTA, on the reconsideration, to consider whether the order was still justified in light of current conditions. The NTA may on the one hand find "that the passenger-train service has, since the last consideration, become an economic passenger-train service". Or it may find "that the passenger-train service continues to be an uneconomic service", in which case it must determine whether the service should be discontinued or continued. (Emphasis added.) The public must be given notice and the economic and public interest concerns set out in s. 267 must be addressed. In short, the substance of the reconsideration is the very substance of the order whose continuance is at issue on these proceedings.

If this is so, it cannot be right to say that a reconsideration cannot affect the order and therefore that the failure to hold the reconsideration can have no effect on the order. In fact, the opposite would appear to be the case. It is an extraordinary thing to demand of a company that it continue to operate an uneconomic service. It must be justified by current conditions. Therefore an NTA order that it do so is made subject to a reconsideration within five years. Thus the reconsideration is directly related to the NTA order. Contrary to my colleague's assertion, there is indeed something in s.

n'est pas terminé. Mon collègue semble dire qu'il est possible de distinguer la demande «initiale» de l'ordonnance qui suit et donc de réexaminer seulement la demande. Cela ne me semble pas conforme à la procédure prévue par la Loi.

Deuxièmement, si l'on pouvait dissocier la demande «initiale» de l'ordonnance et ne faire porter le réexamen prévu au par. 268(2) que sur la première, le processus de réexamen serait dénué de sens. Le réexamen a sûrement pour unique objet de réviser la décision de maintenir l'exploitation du chemin de fer non rentable compte tenu des circonstances existantes. Dans la mesure où l'on examine cette décision, on examine l'ordonnance. Si tel n'est pas le cas, le réexamen est inutile.

Cela m'amène au troisième problème. L'interprétation de mon collègue est contraire au texte des al. 268(2)(a) et (b). Il ressort clairement de ces deux alinéas que le Parlement voulait qu'à l'étape du réexamen l'ONT étudie la question de savoir si l'arrêté était toujours justifié eu égard aux conditions existantes. Il se peut que l'ONT conclue «que le service de trains de voyageurs est devenu, depuis le dernier examen, un service rentable de trains de voyageurs». Il se peut aussi qu'il conclue «que le service de trains de voyageurs continue d'être un service non rentable», auquel cas il doit décider si le service devrait être supprimé ou maintenu. (Je souligne.) Il faut donner un avis public et aborder les questions d'intérêt public et d'ordre économique mentionnées à l'art. 267. En somme, l'essence du réexamen est l'essence même de l'ordonnance dont le maintien est en cause dans ces procédures.

S'il en est ainsi, il ne saurait être exact de dire qu'un réexamen ne peut porter atteinte à l'ordonnance et donc que le défaut d'y procéder ne peut avoir aucun effet sur l'ordonnance. En fait, c'est plutôt le contraire. Il est exceptionnel d'exiger d'une compagnie qu'elle continue à exploiter un service non rentable. Cela doit être justifié par les conditions existantes. C'est pourquoi un arrêté de l'ONT l'enjoignant de le faire est assujéti à un réexamen quinquennal. Le réexamen est donc directement lié à l'arrêté de l'ONT. Contrairement à ce qu'affirme mon collègue, le par. 268(2)

268(2) "to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years" (p. 119).

The second point made by my colleague is that there is no express term in s. 268(2) as to the duration of an order. This is true. But a strong argument can be made that the mandatory wording of the reconsideration provision makes the duration of the order conditional upon the reconsideration taking place. That argument, to which I now turn, cannot be avoided, in my view, by the mere fact that the duration of the order is not expressly addressed.

Whether the NTA Order Lapsed

The issue is whether there was a valid and subsisting NTA order at the time of the Order-in-Council, despite the absence of a s. 268(2) reconsideration. The answer turns, in my view, on whether the duty to hold a reconsideration within five years was mandatory or permissive. If it was mandatory, then failure to hold the reconsideration renders the order null and void. If it was merely permissive or directory, failure to hold the reconsideration does not affect the validity of the order, which continues to subsist.

The distinction between mandatory and directory requirements in statutes and the consequences of non-compliance are well-settled. One starts from the proposition that where a statute places a mandatory public duty on a body, and that duty is not observed, then the acts of the body are rendered null and void. On the other hand, if the duty is found to be directory only, the neglect of it does not affect the validity of the acts done.

Whether a duty is mandatory or directory depends on the wording of the statute which imposes the duty, as well as on the consequences of holding the acts null and void viewed in the perspective of the purpose of the statute. As stated in *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), at p. 175:

«laisse [effectivement] entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans» (p. 119).

La seconde remarque que fait mon collègue est que le par. 268(2) ne précise pas la durée d'une ordonnance. Cela est vrai. Mais on peut soutenir avec beaucoup de pertinence qu'en raison de son caractère impératif la disposition qui traite du réexamen rend la durée de l'ordonnance conditionnelle à la tenue de ce réexamen. À mon avis, on ne saurait esquiver cet argument que je vais maintenant analyser, du seul fait que la question de la durée de l'ordonnance n'est pas expressément abordée.

L'arrêté de l'ONT est-il devenu caduc?

Il s'agit donc de savoir s'il existait encore un arrêté valide au moment du décret, malgré l'absence d'un réexamen fondé sur le par. 268(2). La réponse, à mon avis, dépend de la question de savoir si le réexamen dans un délai de cinq ans est impératif ou facultatif. Si ce réexamen est impératif, l'omission d'y procéder rend l'ordonnance nulle et sans effet. S'il est de nature facultative ou directive, l'omission d'y procéder ne porte pas atteinte à la validité de l'ordonnance, qui continue d'exister.

La distinction entre les dispositions impératives ou directives d'une loi et les conséquences résultant du défaut de s'y conformer sont bien établies. On part du principe que si une loi attribue une fonction publique impérative à un organisme et que celui-ci omet de l'exercer, ses actes sont alors nuls et sans effet. En revanche, si on conclut que la fonction est uniquement directive, le défaut de l'exercer ne porte pas atteinte à la validité des actes accomplis.

La question de savoir si une fonction est impérative ou directive dépend du texte de la loi qui l'attribue ainsi que des conséquences d'une décision que les actes accomplis sont nuls et sans effet au regard de l'objet de la loi en question. Comme on l'affirme dans l'arrêt *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.), à la p. 175:

When the provisions of a statute relate to the performance of a public duty and the case is such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, and at the same time would not promote the main object of the Legislature, it has been the practice to hold such provisions to be directory only, the neglect of them, though punishable, not affecting the validity of the acts done.

In this case, the wording of s. 268(2) suggests that the reconsideration is mandatory: the NTA "shall" reconsider the matter at intervals not exceeding five years.

The next question is whether a holding that the duty to reconsider within five years is mandatory "would work serious general inconvenience or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty". In my view, it would not. The result of holding the duty to be mandatory is that the NTA order for continuance of the passenger-train service would be null and void. The obligation to continue to run the railroad would continue, as it did before the railroad's application for permission to discontinue. No case has been made that the subsidies that compensate the railroad company for doing so would be affected, so hardship on that ground cannot be claimed. I agree with the Court of Appeal that the appellant has not presented any evidence to support a claim that the subsidy would be lost. We do not have full facts or argument on the matter and I prefer to make no further comment upon it. More importantly, the effects of failure to hold the review, whatever they may be, were not entirely outside the control of the affected party, the CPR. In my view, it was open to the CPR to move to have the NTA reconsider the application within the five-year period. While such a request may not enjoy the force of a legal entitlement, it must not be forgotten that such a review is also very much in the interests of the government providing the subsidy necessary to continue the operation of the rail service. It is difficult to imagine a request for a review being denied by a statutory agency charged with a duty in mandatory

[TRANSLATION] Lorsque les dispositions d'une loi se rapportent à l'exécution d'un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et non avenue des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait, pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvénients généraux graves, et en même temps n'aiderait pas à atteindre l'objet principal visé par le législateur, on conclut habituellement que ces dispositions ne sont que directives et que leur non-respect, bien qu'il puisse entraîner des sanctions, ne porte pas atteinte à la validité des actes accomplis.

En l'espèce, le texte du par. 268(2) porte à croire que le réexamen est impératif: l'ONT «réexamine» la question à cinq ans d'intervalle tout au plus.

Il s'agit ensuite de savoir si une conclusion au caractère impératif du réexamen quinquennal «entraînerait, pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvénients généraux graves». À mon avis, ce ne serait pas le cas. Cette conclusion aurait pour résultat de rendre nul et sans effet l'arrêt de l'ONT prescrivant le maintien du service de trains de voyageurs. L'obligation de continuer à exploiter le chemin de fer serait maintenue, comme c'était le cas avant que ne soit présentée la demande de la compagnie ferroviaire visant à obtenir l'autorisation d'en cesser l'exploitation. On n'a pas fait valoir que les subventions que la compagnie de chemin de fer reçoit en compensation seraient touchées, de sorte qu'on ne saurait se fonder sur ce motif pour alléguer l'existence d'un préjudice. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que l'appellant n'a présenté aucun élément de preuve justifiant de prétendre que la subvention serait perdue. Nous ne disposons pas de tous les faits ou arguments sur ce point et je préfère m'abstenir de faire d'autres commentaires à ce sujet. Qui plus est, les effets de l'omission de procéder au réexamen, quels qu'ils soient, n'échappaient pas totalement au contrôle de la partie touchée, le CP. À mon avis, il lui était loisible de demander à l'ONT de réexaminer la demande dans le délai de cinq ans. Bien qu'il se puisse que pareille requête n'ait pas la force d'un droit conféré par la loi, il ne faut pas oublier qu'un tel réexamen est tout autant

terms. Should that by some chance occur however, a new application could be brought upon the expiry of the five-year period. In either case, there would be a current review by the NTA as a precondition to an order-in-council purporting to vary the decision. Whatever the outcome, it would be founded on a current assessment of the public interest.

Turning to the object of the provision, the aim of the reconsideration provision was, to quote the Court of Appeal, "to ensure that decisions respecting the operation of passenger-train service took place through an open, public and timely process" (p. 331 B.C.L.R.). That object is fostered by holding that a failure to reconsider within the five-year period renders the underlying order null and void. Indeed, not to so hold would be to render the five-year reconsideration provision meaningless and undercut the legislative goal of ensuring that correct information is assessed in an open, structured way. There would be no public hearing, no NTA assessment of current conditions. Notwithstanding the lapse of over five years since public input and NTA consideration, the CPR would be permitted to obtain a private order from the Governor in Council. In my view that was not the intention of Parliament.

In summary on this point, this case does not fall within the class of obligation that will be considered merely directory under *Montreal Street Railway*. I agree with the Court of Appeal that the duty of reconsideration was mandatory. The NTA's failure to hold the required reconsideration within the five-year period was, to quote Esson C.J., "simply to terminate the application of the railway to abandon and to require it, if it wishes to have the matter considered again, to make a fresh application

dans l'intérêt du gouvernement qui fournit la subvention nécessaire pour poursuivre l'exploitation du service ferroviaire. Il est difficile d'imaginer qu'une demande de réexamen soit refusée par un organisme d'origine législative doté d'une fonction impérative. Toutefois, si cela devait se produire, une nouvelle demande pourrait être faite à l'expiration du délai de cinq ans. Dans l'un ou l'autre cas, l'ONT devrait effectuer un réexamen à la lumière des facteurs existants avant qu'un décret ayant pour objet de modifier la décision puisse être pris. Quelle que soit l'issue, elle serait fondée sur une évaluation de l'intérêt public à la lumière des facteurs existants.

Quant à l'objet de la disposition en matière de réexamen, celle-ci visait, pour reprendre les mots de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «à assurer que les décisions relatives à l'exploitation d'un service de trains de voyageurs soient prises promptement dans le cadre d'un processus ouvert et public» (p. 331 B.C.L.R.). La conclusion que l'omission de procéder au réexamen dans les cinq ans rend l'ordonnance sous-jacente nulle et sans effet vient renforcer cet objet. Sans cette conclusion, en réalité, la disposition relative au réexamen quinquennal serait dépourvue de sens et l'objectif législatif d'assurer que des renseignements exacts soient évalués de façon ouverte et structurée serait miné. Il n'y aurait pas d'audience publique, pas d'évaluation des conditions existantes par l'ONT. En dépit de l'écoulement d'une période de cinq ans depuis l'apport du public et l'examen de l'ONT, il serait permis au CP d'obtenir un décret privé du gouverneur en conseil. À mon avis, ce n'était pas là l'intention du Parlement.

En résumé sur ce point, la présente affaire n'entre pas dans la catégorie des fonctions qui seront considérées comme simplement directives selon l'arrêt *Montreal Street Railway*. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le réexamen était impératif. Pour reprendre les termes du juge en chef Esson, l'omission de l'ONT d'effectuer le réexamen requis dans les cinq ans a [TRADUCTION] «simplement pour effet de mettre un terme à la demande de suppression de service pré-

under s. 265" ((1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, at p. 280).

Authorities

As my colleague concedes, the cases which have been decided on this point support the view that failure to conduct a reconsideration within the time allotted by the Act renders the underlying NTA order null and void. In *City of Melville v. Attorney General of Canada*, [1982] 2 F.C. 3, a similar case to this, the trial judge, without referring to s. 268(2) of the *Railway Act*, held that the Governor in Council could rescind a Canadian Transport Commission order "at any time". But this decision was reversed on appeal: [1983] 2 F.C. 123. Comments in the parallel case of *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98, suggest express disagreement with the trial judge's view of the Cabinet's power in *Melville*. The Court of Appeal, *per* Heald J.A., stated (at p. 115): "I do not agree that subsection 64(1) authorizes the Governor in Council to vary any and all Commission orders no matter when they are issued . . ." (Emphasis added.)

The Power of the Governor in Council

It was argued that Parliament cannot have intended that the government's wish to terminate a passenger rail service should be interfered with, with the consequence that an uneconomic line must continue to operate when the government deems this not to be in the public interest.

The principle of the supremacy of Parliament is fundamental to our democracy; the principle of supremacy of Cabinet is not. The Cabinet, represented by the Governor in Council, possesses only such powers as Parliament chooses to confer upon it. Where Parliament chooses to regulate an issue

sentée par la compagnie de chemin de fer et de l'obliger à présenter une nouvelle demande fondée sur l'art. 265 si elle souhaite le réexamen de la question» ((1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, à la p. 280).

Jurisprudence

Comme le reconnaît mon collègue, la jurisprudence sur ce point appuie le point de vue selon lequel l'omission d'effectuer un réexamen dans le délai prescrit par la Loi rend nul et sans effet l'arrêté sous-jacent de l'ONT. Dans l'affaire *City of Melville c. Procureur général du Canada*, [1982] 2 C.F. 3, qui est analogue à celle-ci, le juge de première instance a conclu, sans se reporter au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, que le gouverneur en conseil pouvait annuler une ordonnance de la Commission canadienne des transports «à toute époque». Mais cette décision a été infirmée en appel: [1983] 2 C.F. 123. Les commentaires faits dans l'arrêt analogue *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98, traduisent un désaccord manifeste avec l'opinion qu'avait exprimée le juge de première instance au sujet du pouvoir du Cabinet dans l'affaire *Melville*. Le juge Heald dit ceci, au nom de la Cour d'appel (à la p. 115): «Je ne suis pas d'accord que le paragraphe 64(1) autorise le gouverneur en conseil à modifier n'importe quelle ordonnance et toutes les ordonnances de la Commission, quelle que soit la date où elles ont été rendues . . .» (Je souligne.)

Le pouvoir du gouverneur en conseil

On a soutenu que le Parlement ne pouvait avoir voulu que le désir du gouvernement de supprimer un service de trains de voyageurs soit entravé, de sorte qu'une ligne non rentable doive continuer à être exploitée, lorsque le gouvernement juge que cela n'est pas dans l'intérêt public.

Le principe de la suprématie du Parlement est fondamental dans notre démocratie, et non celui de la suprématie du Cabinet. Le Cabinet, représenté par le gouverneur en conseil, ne possède que les pouvoirs que le Parlement choisit de lui conférer. Lorsque le Parlement choisit de régir une question

like the discontinuance of passenger rail services through a regulatory process, then that process must be respected. I can do no better than quote the Court of Appeal on this point (at pp. 331-32 B.C.L.R.):

At the root of the appellant's claim is the assertion that Canada has been frustrated in its desire to implement its national policies with regard to uneconomic Crown railways. The answer to that position is that the Governor in Council does not have an absolute right to discontinue passenger-train service. It is not the primary regulator of railways. It cannot by any means it chooses implement its national policies of discontinuing uneconomic rail service. Its power is limited to varying or rescinding an order of the agency. The Governor in Council has no inherent authority and cannot act as a roving commission to rectify perceived wrongs except through the regulatory machinery which Parliament has provided.

Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LAMER C.J. and MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

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

telle que la suppression de services de trains de voyageurs dans le cadre d'un processus de réglementation, ce processus doit être respecté. Je ne puis faire mieux que de reprendre les propos de la Cour d'appel sur ce point (aux pp. 331 et 332 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] La réclamation de l'appellant repose sur l'affirmation que le Canada a été frustré dans son désir de mettre en œuvre ses politiques nationales touchant les chemins de fer non rentables de l'État. On répond à cet argument que le gouverneur en conseil n'a pas le droit absolu de supprimer un service de trains de voyageurs. Il n'est pas l'organisme de réglementation principal des chemins de fer. Il ne peut mettre en œuvre, à sa guise, ses politiques nationales de suppression des services ferroviaires non rentables. Son pouvoir se limite à la modification ou à l'annulation des arrêtés de l'Office. Le gouverneur en conseil n'a pas de compétence inhérente et il ne peut agir à titre de commission itinérante pour redresser les torts qui sont perçus, sauf par le biais du mécanisme de réglementation établi par le Parlement.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et le juge MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appellant: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Le ministère du Procureur général, Victoria.

**Edda Emilie Zeitel, Agon Karl Zeitel,
Claude Manfred Henning and Nicole
Therese Henning** *Appellants*

v.

**Susan Diane Ellscheid, Donald Anthony
Simmons and 794798 Ontario
Limited** *Respondents*

INDEXED AS: ZEITEL v. ELLSCHIED

File No.: 22792.

1994: January 31; 1994: May 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Courts — Jurisdiction — Sale of property for municipal taxes owing — Statute preventing judicial intervention with tax deeds — Tax arrears necessary to trigger Act — Mistake as to proper legal identity of two islands — Appellants occupying and paying taxes on improved property that they thought they had bought — Other island unimproved and non-residential — Property occupied by appellants sold in tax sale — Mistake discovered after sale — Whether Municipal Tax Sales Act, 1984, shields sale from judicial intervention where the municipality has mistakenly confused the property sold with the property occupied by other tax-paying citizens — Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, c. 48, ss. 3(1), 4, 9(5)(a), (b), (c), 11, 12(1), (2)(a), (b), (5)(a), (b), (c), (d), (e), 13(1)(a), (b).

Real property — Deed for property sold for municipal taxes owing — Statute preventing judicial intervention with tax deeds — Tax arrears necessary to trigger Act — Mistake as to proper legal identity of two islands — Appellants occupying and paying taxes on improved property that they thought they had bought — Other island unimproved and non-residential — Property occupied by appellants sold in tax sale — Mistake discovered after sale — Whether Municipal Tax Sales Act, 1984, shields sale from judicial intervention where the

**Edda Emilie Zeitel, Agon Karl Zeitel,
Claude Manfred Henning et Nicole Therese
Henning** *Appellants*

c.

**Susan Diane Ellscheid, Donald Anthony
Simmons et 794798 Ontario Limited** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ZEITEL c. ELLSCHIED

N° du greffe: 22792.

1994: 31 janvier; 1994: 5 mai.

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

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

Tribunaux — Compétence — Vente d'un bien-fonds pour cause d'arriérés d'impôts municipaux — Loi interdisant aux tribunaux de toucher aux actes d'adjudication — Arriéré d'impôt nécessaire pour déclencher l'application de la Loi — Erreur quant à la description légale de deux îles — Appelants occupant un bien-fonds aménagé qu'ils croyaient avoir acheté et acquittant les impôts fonciers y relatifs — Autre île non aménagée et non résidentielle — Vente pour fins d'impôt du bien-fonds occupé par les appelants — Erreur découverte après la vente — La Municipal Tax Sales Act, 1984 protège-t-elle la vente contre toute intervention judiciaire dans un cas où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables — Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, ch. 48, art. 3(1), 4, 9(5)a, b), c), 11, 12(1), (2)a, b), (5)a, b), c), d), e), 13(1)a, b).

Immeubles — Titre relatif à un bien-fonds vendu pour cause d'arriérés d'impôts municipaux — Loi interdisant aux tribunaux de toucher aux actes d'adjudication — Arriéré d'impôt nécessaire pour déclencher l'application de la Loi — Erreur quant à la description légale de deux îles — Appelants occupant un bien-fonds aménagé qu'ils croyaient avoir acheté et acquittant les impôts fonciers y relatifs — Autre île non aménagée et non résidentielle — Vente pour fins d'impôt du bien-fonds occupé par les appelants — Erreur découverte après la vente — La Municipal Tax Sales Act, 1984 protège-t-elle la vente contre toute intervention judiciaire dans un cas

municipality has mistakenly confused the property sold with the property occupied by other tax-paying citizens.

Appellants purchased Island 99B in Georgian Bay for \$33,000 in 1987. Jean Strain was the registered owner of Islands 99C and 99D. Island 99D has a cottage built on it and Island 99B is described as an unimproved "Rock Island". Based upon the understanding of the prior owner of Island 99B, Jean Strain understood that Island 99B was Island 99D and vice versa. When the appellants purchased Island 99B, they too understood it to be the improved island occupied by their predecessors in title since 1954, rather than Rock Island. As such, the appellants began to occupy Island 99D during the summer of 1987 and made further improvements to the cottage on that property. Moreover, the municipal tax office taxed the appellants as if they were the owners of the improved island, rather than the owners of Rock Island. The assessment rolls and the taxes paid indicated that Island 99D was vacant land while Island 99B was described as residential.

Pursuant to the *Municipal Tax Sales Act, 1984* ("MTSA"), the municipality initiated tax sale proceedings in relation to Island 99D in view of the tax arrears owing by Jean Strain. The respondents were the successful bidders on Island 99D, purchasing it "sight unseen" for \$999. Upon visiting the location of Island 99D, the respondents discovered that the appellants had mistakenly been occupying Island 99D when they in actuality were the registered owners of Island 99B.

Following a series of letters between the parties with respect to who actually owned Island 99D, the appellants applied for a declaration that: (i) they owned Island 99D through adverse possession; (ii) the tax sale to the respondents was null and void; and sought (iii) a certificate of pending litigation on Island 99D and (iv) an interlocutory and permanent injunction restraining the respondents from trespassing on Island 99D. The respondents counter-applied for a declaration that they own Island 99D in fee simple. The trial judge decided the issue in favour of the appellants, but this ruling was reversed by the Ontario Court of Appeal. At issue here was whether the MTSA should be interpreted in such a way as to shield from intervention the sale of a property by a municipality for tax arrears in a situation where the municipality has mistakenly confused the property sold with property occupied by other tax-paying citizens.

où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables.

En 1987, les appelants ont acheté pour 33 000 \$ l'île 99B située dans la baie Georgienne. Jean Strain était la propriétaire inscrite de l'île 99C et aussi de l'île 99D sur laquelle a été construit un chalet. L'île 99B est décrite comme une «île aux pierres» non aménagée. Sur la foi de ce que la propriétaire précédente de l'île 99B avait cru être le cas, Jean Strain croyait que l'île 99B était l'île 99D et vice versa. Lorsque les appelants ont acheté l'île 99B, ils croyaient, eux aussi, qu'il s'agissait de l'île aménagée qu'occupaient depuis 1954 les détenteurs précédents du titre de propriété, plutôt que de l'île aux pierres. Les appelants ont, en conséquence, commencé à occuper l'île 99D au cours de l'été 1987 et ont apporté de nouvelles améliorations au chalet s'y trouvant. De plus, le bureau d'imposition municipale a imposé les appelants comme s'ils étaient propriétaires de l'île aménagée plutôt que de l'île aux pierres. D'après le rôle d'évaluation foncière et les impôts payés, l'île 99D était un terrain nu, tandis que l'île 99B était qualifiée de résidentielle.

Conformément à la *Municipal Tax Sales Act, 1984* («MTSA»), la municipalité a procédé à la vente de l'île 99D en raison des arriérés d'impôts de Jean Strain. L'île 99D a été adjugée aux intimés qui l'ont achetée pour 999 \$, «sans l'avoir vue». Quand ils s'y sont rendus, les intimés se sont aperçus que les appelants occupaient par erreur l'île 99D, alors qu'ils étaient en réalité propriétaires inscrits de l'île 99B.

Après que les parties eurent échangé une série de lettres sur la question de savoir qui était véritablement propriétaire de l'île 99D, les appelants ont demandé un jugement déclarant qu'ils en étaient propriétaires par possession adverse ou contraire et que la vente pour fins d'impôt aux intimés était nulle et sans effet. Ils sollicitaient en outre un certificat d'affaire en instance à l'égard de l'île 99D ainsi qu'une injonction interlocutoire et permanente empêchant les intimés de mettre les pieds sur l'île 99D. Quant aux intimés, ils ont demandé reconventionnellement un jugement les déclarant propriétaires en fief simple de l'île 99D. Le juge de première instance a statué en faveur des appelants, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario. Il s'agit ici de décider s'il y a lieu d'interpréter la MTSA de façon à protéger contre toute intervention la vente pour fins d'impôt d'un bien-fonds par une municipalité dans un cas où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables.

Held (Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, McLachlin and Major JJ.: A parcel of land cannot be sold pursuant to a tax sale unless tax arrears are owing with respect to that parcel. The existence of tax arrears is a condition precedent to the application of the Act.

It was irrelevant that the municipality assessed taxes against Island 99B as if it were improved property, whereas it was in fact unimproved. The municipality's error did not affect s. 13(1)(a), which provides that a tax sale is "final, binding and conclusive and not subject to challenge" on the basis of the "invalidity of any assessment upon which the tax arrears were based".

Appellants' possessory title to Island 99D through adverse possession too was irrelevant. A purchaser at a tax sale, pursuant to s. 9(5)(c), is vested with an estate in fee simple subject only to "any interest or title acquired by adverse possession by abutting landowners". Appellants, although adverse possessors, were not abutting landowners with respect to Island 99D. Islands, separated by water, do not abut. The maxim *expressio unius est exclusio alterius* applied to any other possible exceptions to the grant of an estate in fee simple.

The statute was enacted to allow a municipality to sell property in tax arrears with some integrity of title. The courts are to give effect to the plain meaning of the words of a duly enacted statute and cannot interfere with a carefully crafted legislative scheme merely because they do not approve of the result produced by a statute in a particular case.

Appellants at all times prior to the tax sale and more particularly at the time of purchase had the means of ensuring the identity of their property. Public documents clearly describe the properties in question. Alternatively or additionally a survey certificate would have removed the possibility of the mistake made by them.

Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): Canadian courts have adopted a pragmatic or purposive interpretative approach where the literal interpretation of a statutory provision would lead to results which are extremely

Arrêt (les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, McLachlin et Major: Un bien-fonds ne peut faire l'objet d'une vente pour fins d'impôt que si des arriérés d'impôts sont dus relativement à ce bien-fonds. L'existence d'un arriéré d'impôt constitue donc une condition préalable de l'application de la Loi.

Il était sans intérêt que la municipalité ait établi une cotisation d'impôt à l'égard de l'île 99B comme s'il s'était agi d'une propriété aménagée, alors qu'elle ne l'était pas en réalité. L'erreur de la municipalité ne tire pas à conséquence en ce qui concerne l'al. 13(1)a qui dispose qu'une vente pour fins d'impôt est définitive et lie de façon concluante et ne peut être contestée en raison de l'«invalidité d'une évaluation foncière sur laquelle étaient fondés les arriérés d'impôts».

Il était également sans intérêt que les appelants détiennent à l'égard de l'île 99D un titre possessoire en raison de leur possession contraire de celle-ci. Suivant l'al. 9(5)c, est dévolu à l'acquéreur dans le cadre d'une vente pour fins d'impôt le domaine en fief simple, sous réserve «de tout intérêt ou titre, obtenu par possession adversative par des propriétaires contigus». Bien que les appelants fussent des possesseurs adversatifs ou à titre de propriétaire, ils n'étaient pas des propriétaires contigus à l'égard de l'île 99D. Les îles, étant séparées par une étendue d'eau, ne sont pas contiguës. La maxime *expressio unius est exclusio alterius* s'appliquait à toutes les autres exceptions possibles à l'attribution d'un domaine en fief simple.

La loi en question a été adoptée afin de permettre aux municipalités de vendre tout bien-fonds pour lequel il existe un arriéré d'impôt, tout en assurant une certaine intégrité du titre. Les tribunaux doivent donner effet au sens ordinaire des mots d'une loi dûment adoptée et ils ne sauraient modifier un régime législatif soigneusement conçu simplement parce qu'ils désapprouvent le résultat qu'une loi engendre dans un cas donné.

Les appelants avaient en tout temps avant la vente pour fins d'impôt et, plus particulièrement, au moment de l'achat, les moyens de savoir de quel bien-fonds il était question. Des documents publics décrivent clairement les biens-fonds en cause. Par ailleurs, un certificat d'arpentage aurait rendu impossible l'erreur qu'ils ont commise.

Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents): Les tribunaux canadiens ont adopté en matière d'interprétation une approche pragmatique ou fondée sur l'objet visé, dans le cas où l'interprétation littérale aurait produit soit

unreasonable or inequitable or where a literal approach would produce results incompatible with other provisions or the objects of the legislation in question. Even where an interpretation of a legislative provision strains the words of the legislature, where an alternative interpretation would lead to absurd results, the former approach should prevail.

While the legislation in question provides for a series of protective measures with respect to the sale of property by a municipality for tax arrears, ss. 13(1)(a) and (b) of the *MTSA*, if interpreted literally would shield from invalidity a tax deed issued in relation to a property sold completely in error, regardless of whether the property owner was given notice of the impending sale or whether tax arrears are actually owing on the property. The literal interpretation of the *MTSA* would not only lead to absurd and unjust results but also is inconsistent with the objects of the *MTSA* itself.

The legislature, in enacting the *MTSA*, intended to create certainty and finality in tax sales, thereby insuring that municipalities would have an effective mechanism for collecting tax arrears. In pursuing this goal, it constructed a series of conditions to be satisfied in order for the municipality to initiate tax sale proceedings pursuant to the *MTSA*. The most important is that there be tax arrears owing prior to initiation of tax sale proceedings. A distinction exists between "tax arrears improperly assessed", and the "complete absence of tax arrears". Although s. 13(1) abolished the ability of courts to interfere with tax deeds in cases merely involving improper assessments, it is not intended to permit the arbitrary sale of property in cases which do not involve even a modicum of tax arrears.

Here, the appellants paid taxes as if they held paper title to Island 99D and had, prior to the tax sale, an apparently indefeasible possessory interest in that property. As possessory title owners, they paid taxes on the value of the title they owned. In substance, no "tax arrears" within the meaning of the *MTSA* arose. The appellants must be distinguished from the adverse possessor who intentionally or negligently avoids a tax obligation. A tax deed would extinguish the interest of such a person. The substantive trigger of *MTSA* operation, tax arrears, never arose in this case. Any purported sale pursuant to the provisions of that Act must be

des résultats extrêmement déraisonnables ou inéquitable, soit des résultats incompatibles avec d'autres dispositions ou avec les objets de la loi en question. Même lorsque l'interprétation d'une disposition législative force le sens des mots du législateur, c'est elle qui doit l'emporter dans le cas où une autre interprétation conduirait à l'absurdité.

Bien que la *MTSA* prévoit une série de mesures protectrices en ce qui concerne la vente pour fins d'impôt d'un bien-fonds par une municipalité, une interprétation littérale de ses al. 13(1)a) et b) aurait pour effet de soustraire à l'invalidité un acte d'adjudication délivré à l'égard d'un bien-fonds vendu entièrement par erreur, peu importe que le propriétaire ait été avisé de la vente imminente ou qu'il ait vraiment existé des arriérés d'impôts relativement à ce bien-fonds. Non seulement l'interprétation littérale de la *MTSA* conduirait à l'absurdité et à l'injustice, mais encore elle est incompatible avec les objets de la *MTSA* elle-même.

Le législateur, en adoptant la *MTSA*, a voulu poursuivre un objectif de certitude et d'irrévocabilité en matière de ventes pour fins d'impôt, afin que les municipalités disposent d'un mécanisme efficace de perception des arriérés d'impôts. En poursuivant cet objectif, il a établi une série de conditions à remplir pour qu'une municipalité puisse procéder à une vente pour fins d'impôt conformément à la *MTSA*. La plus importante est celle de l'existence d'un arriéré d'impôt. Il existe une distinction entre «l'arriéré d'impôt résultant d'une évaluation irrégulière» et «l'absence totale d'arriéré d'impôt». Quoique le par. 13(1) ait retiré aux tribunaux la capacité de toucher aux actes d'adjudication dans des cas où il n'est question que d'une évaluation irrégulière, il n'est pas destiné à autoriser la vente arbitraire de biens-fonds lorsqu'il n'y a pas le moindre arriéré d'impôt.

En l'espèce, les appelants acquittaient les impôts comme s'ils détenaient un titre de propriété en bonne et due forme à l'égard de l'île 99D et, avant la vente pour fins d'impôt, ils avaient ce qui semblait être un intérêt possessoire indéfectible dans ce bien-fonds. En tant que propriétaires en vertu d'un titre possessoire, ils payaient des impôts selon la valeur de leur titre. Il n'y avait essentiellement aucun «arriéré d'impôt» au sens de la *MTSA*. Il faut distinguer les appelants du possesseur adversatif ou à titre de propriétaire qui, intentionnellement ou par négligence, se soustrait à une obligation fiscale. Un acte d'adjudication éteindrait l'intérêt de ce possesseur à titre de propriétaire. L'élément fondamental qui déclenche l'application de la *MTSA*, à savoir l'existence d'un arriéré d'impôt, n'a jamais existé en l'espèce. Il s'ensuit nécessairement que toute vente pré-

inherently flawed, and the resulting tax deed must be void.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185.

By Sopinka J. (dissenting)

Sutherland Publishing Co. v. Caxton Publishing Co., [1938] 1 Ch. 174; *The Queen v. The Judge of the City of London Court*, [1892] 1 Q.B. 273; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621; *Cadieux v. Montreal Gas Co.* (1898), 28 S.C.R. 382, rev'd [1899] A.C. 589; *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508; *The Queen v. Sommerville*, [1974] S.C.R. 387; *Workmen's Compensation Board v. The Bathurst Co.*, [1924] S.C.R. 216; *Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent*, [1967] Que. Q.B. 239; *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.O. 1937, c. 272, s. 186.
Municipal Act, R.S.O. 1980, c. 302, s. 448.
Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, c. 48, ss. 3(1), 4, 9(5)(a), (b), (c), 11, 12(1), (2)(a), (b), (5)(a), (b), (c), (d), (e), 13(1)(a), (b).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 5 O.R. (3d) 449, 85 D.L.R. (4th) 654, 50 O.A.C. 361, 8 M.P.L.R. (2d) 173, allowing an appeal from a judgment of and setting aside the order made by Hoolihan L.J.S.C. Appeal dismissed, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

Peter J. Harte, for the appellants.

Michael Anne MacDonald, for the respondents.

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

MAJOR J. — I have read the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and respectfully disagree

tendument effectuée en vertu de ladite loi est intrinsèquement viciée et que l'acte d'adjudication qui en résulte est entaché de nullité.

a Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt mentionné: *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185.

b

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Sutherland Publishing Co. c. Caxton Publishing Co., [1938] 1 Ch. 174; *The Queen c. The Judge of the City of London Court*, [1892] 1 Q.B. 273; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621; *Cadieux c. Montreal Gas Co.* (1898), 28 R.C.S. 382, inf. par [1899] A.C. 589; *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508; *The Queen c. Sommerville*, [1974] R.C.S. 387; *Workmen's Compensation Board c. The Bathurst Co.*, [1924] R.C.S. 216; *Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent*, [1967] B.R. 239; *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185.

Lois et règlements cités

Assessment Act, R.S.O. 1937, ch. 272, art. 186.
Municipal Act, R.S.O. 1980, ch. 302, art. 448.
Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, ch. 48, art. 3(1), 4, 9(5)a, b), c), 11, 12(1), (2)a, b), (5)a, b), c), d), e), 13(1)a, b).

f

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 5 O.R. (3d) 449, 85 D.L.R. (4th) 654, 50 O.A.C. 361, 8 M.P.L.R. (2d) 173, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge local Hoolihan de la Cour suprême et annulé l'ordonnance qu'il avait rendue. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

Peter J. Harte, pour les appelants.

Michael Anne MacDonald, pour les intimés.

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

LE JUGE MAJOR — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Sopinka et, en

with his conclusion. I have concluded that the *Municipal Tax Sales Act, 1984*, S.O. 1984, c. 48 ("MTSA"), provides a complete answer to the appellants' claim.

This appeal involves two islands, 99B and 99D, located in Georgian Bay. Using the terminology of the Ontario Court of Appeal, Island 99B is described as "Rock Island" because it consists of bare rock, and Island 99D is described as "Cottage Island", because it has a cottage on it.

Both islands were initially owned by Marguerite Carpenter. She confused the islands, with the result that she referred to Rock Island, the undeveloped property, as Island 99D, rather than its proper description, Island 99B. Similarly, Cottage Island, the developed property, was referred to as Island 99B rather than Island 99D. In 1954 she sold Island 99B (Rock Island) to John Wanek. Wanek, sharing Carpenter's error, took occupation of Island 99D, (Cottage Island) presumably unaware that he was buying Island 99B (Rock Island) the undeveloped property. He then constructed a cottage on the island he thought he had purchased.

Paper title to Island 99B was the subject of a series of transfers from Wanek to Dagmars Leparskis in 1957 and finally to the appellants in 1987. Like their successors in title, the appellants took possession of, and made improvements to, Island 99D (Cottage Island) when in fact they had purchased Island 99B (Rock Island).

In the 40 years between the original sale of property Island 99B (Rock Island) from Carpenter to Wanek, apparently no purchaser obtained a survey certificate. Such a certificate would have immediately revealed the true identity of the property being purchased as the undeveloped Island 99B (Rock Island).

In 1964, Carpenter sold Island 99D (Cottage Island), as well as another island nearby, Island 99C, to Jean Strain, who shared the erroneous belief that Island 99D was the undeveloped Rock Island, when in fact it was not.

toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion. J'estime en effet que la *Municipal Tax Sales Act, 1984*, S.O. 1984, ch. 48 (la «MTSA»), répond complètement à la réclamation des appelants.

Le pourvoi concerne deux îles, la 99B et la 99D, situées dans la baie Georgienne. Pour reprendre la terminologie utilisée par la Cour d'appel de l'Ontario, l'île 99B est l'«île aux pierres» parce qu'on n'y trouve que de la pierre nue, tandis que l'île 99D est l'«île au chalet» du fait qu'on y trouve un chalet.

Les deux îles appartenaient initialement à Marguerite Carpenter, qui les a confondues. C'est ainsi qu'elle parlait de l'île aux pierres qui n'est pas aménagée, comme étant l'île 99D, et de l'île au chalet, qui est aménagée, comme étant l'île 99B, alors que la situation était justement l'inverse. En 1954, elle a vendu l'île 99B (l'île aux pierres) à John Wanek. Celui-ci, commettant la même erreur que Carpenter, a pris possession de l'île 99D (l'île au chalet), vraisemblablement sans se douter qu'il avait acheté l'île 99B (l'île aux pierres) qui n'était pas aménagée. Il a alors construit un chalet sur l'île qu'il croyait avoir achetée.

Le titre de propriété relatif à l'île 99B a fait l'objet d'une suite de transferts, passant de Wanek à Dagmars Leparskis en 1957 et finalement aux appelants en 1987. À l'instar des détenteurs précédents du titre de propriété, les appelants ont pris possession de l'île 99D (l'île au chalet) et y ont apporté des améliorations, alors qu'en réalité ils avaient acheté l'île 99B (l'île aux pierres).

Il semble qu'au cours des 40 ans qui se sont écoulés entre la vente initiale de l'île 99B (l'île aux pierres) par Carpenter à Wanek, aucun des acquéreurs ne s'est procuré un certificat d'arpentage, car un tel certificat aurait immédiatement révélé que la propriété achetée était en fait l'île 99B (l'île aux pierres) qui n'était pas aménagée.

En 1964, Carpenter a vendu l'île 99D (l'île au chalet), ainsi qu'une île avoisinante (l'île 99C), à Jean Strain qui croyait à tort, elle aussi, que l'île 99D était l'île aux pierres non aménagée.

At all times, the land registry records correctly identified the location and owner of each island. The survey map available from the registry office clearly shows Island 99D as lying east of Island 99C, and Island 99B lying southwest of Island 99C. Furthermore, the location of each island is indicated by a distance and compass reference point from two nearby islands. The dispute in this case could have been avoided if the records available from the registry office had been checked before the purchase of Island 99B in 1987, or at any prior time.

The map and records used by the Municipality of Georgian Bay in the assessment of property taxes also properly identified the location and owner of each island. The municipal tax office records showed the assessment value assigned to each property. The records had Island 99B, the undeveloped property, assessed at a higher rate than Island 99D, the developed property. Consequently, the appellants, the registered owners of Island 99B (Rock Island), were taxed as though they owned improved property; Strain, the registered owner of Island 99D (Cottage Island), was taxed as if she owned unimproved property.

Strain notified the municipality that she would no longer pay taxes on Island 99D, presumably on the basis of the belief that it was undeveloped property of little value. Accordingly, the municipality conducted a tax sale of the property under the terms of the *MTSA*. There is no suggestion that the formal requirements of the Act were not satisfied. The advertisement that appeared in the *Ontario Gazette*, and upon which the respondents based their bid, correctly identified Island 99D by legal description.

Notice of the impending tax sale was given to Strain, as the registered owner of Island 99D. Not surprisingly, the appellants did not receive notice of the sale as there was no record of their interest in the property. They were the registered owners of

Dans les registres du bureau d'enregistrement immobilier, l'emplacement et le propriétaire de chaque île ont toujours été correctement indiqués. Il est évident, d'après le levé d'arpentage déposé audit bureau, que l'île 99D est située à l'est de l'île 99C, tandis que l'île 99B se trouve au sud-ouest de cette dernière. De plus, la position de chaque île est indiquée par la distance qui la sépare de deux îles avoisinantes et par son orientation par rapport à ces îles. Le présent litige aurait pu être évité si les registres du bureau d'enregistrement immobilier avaient été consultés soit avant d'acheter l'île 99B en 1987, soit antérieurement.

L'emplacement et le propriétaire de chaque île figuraient correctement aussi sur le levé et dans les registres utilisés par la municipalité de Georgian Bay pour fixer l'impôt foncier. La valeur imposable de chacune des propriétés était inscrite dans les registres du bureau d'imposition municipale. Ces registres attribuaient à l'île 99B non aménagée une valeur imposable plus élevée que celle de l'île 99D qui était aménagée. Par conséquent, les appelants, propriétaires inscrits de l'île 99B (l'île aux pierres), étaient imposés comme si c'était l'île aménagée qui leur appartenait, alors que Strain, propriétaire inscrite de l'île 99D (l'île au chalet), était imposée comme si elle était propriétaire de l'île non aménagée.

Strain a avisé la municipalité qu'elle ne payerait plus d'impôt pour l'île 99D, vraisemblablement parce qu'il s'agissait d'une propriété non aménagée de faible valeur. La municipalité a donc procédé à la vente pour fins d'impôt du bien-fonds, conformément à la *MTSA*. Rien n'indique que la municipalité n'a pas satisfait aux exigences formelles de la Loi. L'annonce qui est parue dans la *Gazette de l'Ontario* et sur laquelle les intimés ont fondé leur offre donnait la description légale exacte de l'île 99D.

Avis de la vente imminente pour fins d'impôt a été donné à Strain en sa qualité de propriétaire inscrite de l'île 99D. Comme il fallait s'y attendre, les appelants n'ont pas été avisés de la vente puisque les registres ne faisaient nullement état de leur

Island 99B (Rock Island), for which taxes were not in arrears.

The respondents, relying on the notices of the tax sale, placed a successful bid of \$999 on Island 99D (Cottage Island), sight unseen, and became the registered owners of that property pursuant to the provisions of the *MTSA*. They later transferred it to the corporate respondent.

The appellants, the occupiers of Island 99D (Cottage Island) but the registered owners of Island 99B (Rock Island) sought declaratory relief that the tax sale was null and void, and that they held a fee simple interest in Island 99D (Cottage Island). The decisions of the lower courts have been summarized by Sopinka J. The trial judge held in favour of the appellants. A majority of the Ontario Court of Appeal reversed that decision and affirmed the title of the respondent.

Legislative Provisions

The *Municipal Tax Sales Act, 1984*, provides:

3. — (1) Where any part of tax arrears is owing

. . . .

the treasurer, unless otherwise directed by the municipal council, may prepare and register a tax arrears certificate in the prescribed form against the title to the land with respect to which the tax arrears are owing.

. . . .

9. — (1) . . .

(5) A tax deed or notice of vesting, when registered, vests in the person named therein or in the municipality, as the case may be, an estate in fee simple in the land, together with all rights, privileges and appurtenances and free from all estates and interests, subject only to,

- (a) easements and restrictive covenants that run with the land;
- (b) any estates and interests of the Crown in right of Canada or in right of Ontario; and

intérêt dans le bien-fonds. Ils étaient en effet propriétaires inscrits de l'île 99B (l'île aux pierres) pour laquelle il n'existait aucun arriéré d'impôt.

Les intimés, sur la foi des avis de vente pour fins d'impôt, ont offert avec succès la somme de 999 \$ pour l'île 99D (l'île au chalet), sans l'avoir vue, et ils en sont devenus les propriétaires inscrits conformément à la *MTSA*. Ils ont par la suite transféré la propriété de l'île à la société intimée.

Les appelants, occupants de l'île 99D (l'île au chalet) mais propriétaires inscrits de l'île 99B (l'île aux pierres), ont demandé un jugement déclarant que la vente pour fins d'impôt était nulle et sans effet et qu'ils possédaient un intérêt en fief simple dans l'île 99D (l'île au chalet). Les décisions des juridictions inférieures ont été résumées par le juge Sopinka. Le juge de première instance a statué en faveur des appelants. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé, à la majorité, cette décision et confirmé le titre de propriété de l'intimée.

Les dispositions législatives

La *Municipal Tax Sales Act, 1984* prévoit notamment:

[TRADUCTION] 3. — (1) Lorsque des arriérés d'impôts sont dus

. . . .

le trésorier peut, sauf directive contraire du conseil municipal, établir et enregistrer un certificat d'arriérés d'impôts rédigé selon la formule prescrite à l'égard du titre du bien-fonds visé.

. . . .

9. — (1) . . .

(5) Par l'enregistrement de l'acte d'adjudication ou de l'avis de dévolution sont dévolus à la personne qui y est désignée ou à la municipalité, selon le cas, le domaine en fief simple sur le bien-fonds, ainsi que tous les droits et dépendances qui s'y rattachent, libres des autres domaines et intérêts, sous réserve:

- a) des servitudes et des clauses restrictives qui se rattachent au bien-fonds;
- b) des domaines et des intérêts de la Couronne du chef du Canada ou de l'Ontario;

(c) any interest or title acquired by adverse possession by abutting landowners before the registration of the tax deed or notice of vesting.

c) de tout intérêt ou titre, obtenu par possession adversative par des propriétaires contigus avant l'enregistrement de l'acte d'adjudication ou de l'avis de dévolution.

13. — (1) Subject to proof of fraud, every tax deed and notice of vesting, when registered, is final, binding and conclusive and not subject to challenge for any reason including, without limiting the generality of the foregoing,

13. — (1) Sous réserve d'une preuve de fraude, les actes d'adjudication et les avis de dévolution qui sont enregistrés sont définitifs et lient de façon concluante. Ils ne peuvent être contestés, notamment:

(a) the invalidity of any assessment upon which the tax arrears were based; and

a) pour l'invalidité d'une évaluation foncière sur laquelle étaient fondés les arriérés d'impôts;

(b) the breach of any requirements, including notice requirements, imposed by this or any other Act or otherwise by law,

b) pour manquement à des exigences, y compris celles touchant les avis, imposées par la présente loi, une autre loi ou toute autre règle de droit.

and no action may be brought for the recovery of the land after the registration of the tax deed or notice of vesting if the statutory declaration required by subsection 9 (4) has been registered.

Une action en recouvrement du bien-fonds ne peut être intentée après l'enregistrement de l'acte d'adjudication ou de l'avis de dévolution si la déclaration solennelle exigée par le paragraphe 9(4) a été enregistrée.

Analysis

Sopinka J. states that a literal interpretation of the *MTSA* could, as a result of an undiscovered error in municipal record keeping, deprive a citizen of his or her home even though that citizen had paid all taxes that had been assessed against that property.

Analyse

Le juge Sopinka affirme que, si on interprétait littéralement la *MTSA*, un citoyen qui a acquitté intégralement les impôts relatifs à sa maison pourrait la perdre à la suite d'une erreur non décelée dans les registres municipaux.

There would be general concern if a municipality, acting pursuant to the *MTSA*, could deprive a citizen of property with respect to which he or she had paid all taxes. However, it is questionable whether the Act could entail such a result. The effect of s. 3(1) is that a parcel of land cannot be sold pursuant to a tax sale unless tax arrears are owing with respect to that parcel. The existence of tax arrears is a condition precedent to the application of the Act. A home owner who had paid all taxes assessed against his or her property could not have that property sold from under him or her.

Ce serait cause d'inquiétude générale si une municipalité pouvait, conformément à la *MTSA*, priver un citoyen d'un bien-fonds pour lequel il a payé tous les impôts. Il est toutefois douteux que la Loi puisse engendrer un tel résultat, car suivant son par. 3(1), un bien-fonds ne peut faire l'objet d'une vente pour fins d'impôt que si des arriérés d'impôts sont dus relativement à ce bien-fonds. L'existence d'un arriéré d'impôt constitue donc une condition préalable de l'application de la Loi. Un propriétaire de maison qui a payé en totalité les impôts y relatifs ne pourrait voir vendre son bien-fonds.

However, the situation described in the preceding paragraph did not arise in the present appeal. Accepting that the appellants had acquired a possessory title to Island 99D through adverse possession, it follows that they held title to two islands.

Toutefois, la situation décrite au paragraphe précédent n'existe pas en l'espèce. En admettant que les appelants avaient acquis par possession adversative ou contraire un titre possessoire à l'égard de l'île 99D, il s'ensuit qu'ils étaient propriétaires de

They held a paper title to Island 99B as registered owners and they held a possessory title to Island 99D as adverse possessors. It is clear that they paid taxes with respect to only one property. That property was correctly identified in the tax rolls as Island 99B. Taxes are assessed against registered owners, not against adverse possessors. The appellants did not pay taxes with respect to Island 99D. Consequently, when Strain, the registered owner of Island 99D, refused to pay taxes on that property, the island became subject to tax arrears and subject to sale under the *MTSA*.

It is irrelevant for the purposes of this appeal that the municipality assessed taxes against Island 99B as if it were improved property, whereas it was in fact unimproved. Whether the municipality's error is described as "incorrect", as a majority of the Ontario Court of Appeal preferred, or more strongly as "invalid", does not effect s. 13(1)(a) *MTSA*, which states that a tax sale is "final, binding and conclusive and not subject to challenge" on the basis of the "invalidity of any assessment upon which the tax arrears were based".

The fact that the appellants may have held a possessory title to Island 99D by reason of continuous adverse possession of the property since 1954 is similarly irrelevant in light of the provisions of the *MTSA*. Section 9(5)(c) states that a purchaser at a tax sale is vested with an estate in fee simple subject only to, *inter alia*, "any interest or title acquired by adverse possession by abutting landowners" (emphasis added). While the appellants may be adverse possessors, they clearly are not abutting landowners with respect to Island 99D. Islands, separated by water, do not abut.

deux îles. Ils détenaient à l'égard de l'île 99B un titre de propriété en bonne et due forme, en tant que propriétaires inscrits, et ils détenaient à l'égard de l'île 99D un titre possessoire, en tant que possesseurs adversatifs ou à titre de propriétaire. Il est évident qu'ils n'ont acquitté les impôts que relativement à une seule propriété, laquelle était correctement décrite dans le rôle d'évaluation comme étant l'île 99B. Ce sont les propriétaires inscrits, et non pas les possesseurs à titre de propriétaire, qui sont assujettis à l'impôt. Les appelants n'ont pas payé d'impôt relativement à l'île 99D. En conséquence, lorsque Strain, propriétaire inscrite de l'île 99D, a refusé d'acquitter les impôts relatifs à cette île, cette dernière a fait l'objet d'un arriéré d'impôt et est devenue susceptible d'être vendue conformément à la *MTSA*.

Il est sans intérêt aux fins du présent pourvoi que la municipalité ait établi une cotisation d'impôt à l'égard de l'île 99B comme s'il s'était agi d'une propriété aménagée, alors qu'elle ne l'était pas en réalité. Que l'évaluation de la municipalité soit qualifiée d'[TRADUCTION] «inexacte», comme a préféré le faire la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, ou, plus strictement, d'[TRADUCTION] «invalide», cela ne tire pas à conséquence en ce qui concerne l'al. 13(1)a) *MTSA*, qui dispose qu'une vente pour fins d'impôt est définitive et lie de façon concluante et ne peut être contestée en raison de l'«invalidité d'une évaluation foncière sur laquelle étaient fondés les arriérés d'impôts».

De même, le fait que les appelants aient pu détenir à l'égard de l'île 99D un titre possessoire en raison de la possession contraire continue du bien-fonds depuis 1954 n'a aucune pertinence compte tenu des dispositions de la *MTSA*. Suivant l'al. 9(5)(c), est dévolu à l'acquéreur dans le cadre d'une vente pour fins d'impôt le domaine en fief simple, sous réserve notamment [TRADUCTION] «de tout intérêt ou titre, obtenu par possession adverse par des propriétaires contigus» (je souligne). Bien qu'il se puisse que les appelants soient des possesseurs à titre de propriétaire, il est évident que ce ne sont pas des propriétaires contigus à l'égard de l'île 99D. Les îles, étant séparées par une étendue d'eau, ne sont pas contiguës.

The principles of statutory interpretation preclude this Court from expanding the scope of s. 9(5)(c) in order to allow the appellants to succeed. The maxim *expressio unius est exclusio alterius* stands for the proposition that where a statute specifies one exception to a general rule, other exceptions are excluded. In s. 9(5)(c), the legislature states that purchasers at tax sales take title subject only to one class of adverse possessors, i.e., abutting landowners. In the present appeal, the properties, being islands, do not abut and the appellants do not qualify for the exception.

Finally, it is necessary to consider the objects of the MTSA. The statute exists to allow property which is the subject of tax arrears to be sold by a municipality. As purchasers must be assured of the integrity of title, the legislature has stated that, with few exceptions, once a tax deed is issued, it is final and binding. In recent years, the legislation has been amended to better ensure finality. As my colleague, Sopinka J., notes, s. 13(1) was introduced to abolish the power of courts to declare tax sales invalid on the basis that an assessment was invalid: *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185 (H.C.). Similarly, the MTSA does not contain a provision found in predecessor legislation which allowed a tax deed to be attacked within two years of issue: see the *Assessment Act*, R.S.O. 1937, c. 272, s. 186, and the *Municipal Act*, R.S.O. 1980, c. 302, s. 448.

Recognition of the proper roles of the legislature and the judiciary requires that the courts give effect to the plain meaning of the words of a duly enacted statute. It is beyond the power of a court to interfere in a carefully crafted legislative scheme merely because it does not approve of the result produced by a statute in a particular case. See, e.g., Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 86.

Les principes d'interprétation législative empêchent notre Cour d'élargir la portée de l'al. 9(5)c) de manière à permettre aux appelants d'obtenir gain de cause. La maxime *expressio unius est exclusio alterius* signifie que, dans le cas où une loi énonce une exception à une règle générale, toute autre exception est exclue. À l'alinéa 9(5)c), le législateur dit que l'acquéreur dans le cadre d'une vente pour fins d'impôt obtient un titre de propriété sous réserve des droits d'une seule catégorie de possesseurs adversatifs ou à titre de propriétaire, c'est-à-dire les propriétaires contigus. En l'espèce, les biens-fonds en cause, étant des îles, ne sont pas contigus, de sorte que les appelants ne peuvent se prévaloir de l'exception.

Il nous faut enfin examiner les objets de la MTSA. La raison d'être de cette loi est de permettre aux municipalités de vendre tout bien-fonds pour lequel il existe un arriéré d'impôt. Puisque les acquéreurs doivent être assurés de l'intégrité du titre, le législateur a déclaré qu'à peu d'exceptions près l'acte d'adjudication est définitif et a force exécutoire une fois qu'il est délivré. Au cours des dernières années, la Loi a été modifiée de manière à mieux assurer l'irrévocabilité de la vente. Comme le fait remarquer mon collègue le juge Sopinka, le par. 13(1) a été inséré afin d'abolir le pouvoir des tribunaux de se fonder sur l'invalidité de l'évaluation pour déclarer invalide une vente pour fins d'impôt: *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185 (H.C.). De même, la MTSA ne renferme pas la disposition qui, dans une loi antérieure, permettait de contester un acte d'adjudication dans les deux ans de sa délivrance: voir l'*Assessment Act*, R.S.O. 1937, ch. 272, art. 186, et la *Municipal Act*, R.S.O. 1980, ch. 302, art. 448.

La reconnaissance des rôles légitimes du législateur et des tribunaux exige que ces derniers donnent effet au sens ordinaire des mots d'une loi dûment adoptée. Les tribunaux n'ont pas compétence pour modifier un régime législatif soigneusement conçu simplement parce qu'ils désapprouvent le résultat qu'une loi engendre dans un cas donné. Voir, p. ex., Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 86.

The appellants at all times prior to the tax sale, and more particularly at the time of purchase, had the means of ensuring the identity of their property. Public documents clearly describe the properties in question. Alternatively, or additionally, a survey certificate would have removed the possibility of the mistake made by them.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) —

Introduction

This case raises the issue as to whether the words in a statute must be interpreted so literally as to permit the occasioning of a result which is unjust and inconsistent with the objects of the legislation. Specifically, it is necessary to determine whether the *Municipal Tax Sales Act, 1984*, S.O. 1984, c. 48 ("MTSA"), should be interpreted in such a way as to shield from intervention the sale of a property by a municipality for tax arrears in a situation where the municipality has mistakenly confused the property sold with property occupied by other tax-paying citizens.

Facts

In 1987, the appellants purchased, for \$33,000, Island 99B in Georgian Bay. Jean Strain was the registered owner of Islands 99C and 99D. Island 99D has a cottage built on it. Island 99B is described as an unimproved "Rock Island". However, based upon the understanding of the prior owner of Island 99B, Jean Strain understood that Island 99B was Island 99D and vice versa. When the appellants purchased Island 99B, they too understood it to be the improved island occupied by their predecessors in title since 1954, rather than Rock Island. As such, the appellants began to occupy Island 99D during the summer of 1987 and made further improvements to the cottage on that property. Moreover, the municipal tax office taxed the appellants as if they were the owners of the

Les appelants avaient en tout temps avant la vente pour fins d'impôt et, plus particulièrement, au moment de l'achat, les moyens de savoir de quel bien-fonds il était question. Des documents publics décrivent clairement les biens-fonds en cause. Par ailleurs, un certificat d'arpentage aurait rendu impossible l'erreur qu'ils ont commise.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) —

Introduction

Se pose en l'espèce la question de savoir si le texte d'une loi doit être interprété littéralement au point d'engendrer un résultat injuste et incompatible avec les objets de ladite loi. Plus précisément, il est nécessaire de décider s'il y a lieu d'interpréter la *Municipal Tax Sales Act, 1984*, S.O. 1984, ch. 48 («MTSA»), de façon à protéger contre toute intervention la vente pour fins d'impôt d'un bien-fonds par une municipalité dans un cas où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables.

Les faits

En 1987, les appelants ont acheté pour 33 000 \$ l'île 99B située dans la baie Georgienne. Jean Strain était la propriétaire inscrite de l'île 99C et aussi de l'île 99D sur laquelle a été construit un chalet. L'île 99B est décrite comme une «île aux pierres» non aménagée. Toutefois, sur la foi de ce que la propriétaire précédente de l'île 99B avait cru être le cas, Jean Strain croyait que l'île 99B était l'île 99D et vice versa. Lorsque les appelants ont acheté l'île 99B, ils croyaient, eux aussi, qu'il s'agissait de l'île aménagée qu'occupaient depuis 1954 les détenteurs précédents du titre de propriété, plutôt que de l'île aux pierres. Les appelants ont, en conséquence, commencé à occuper l'île 99D au cours de l'été 1987 et ont apporté de nouvelles améliorations au chalet s'y trouvant. De

improved island, rather than the owners of Rock Island. While Jean Strain was billed \$26.04 for annual taxes relating to Island 99D in 1988, the tax bill sent to the appellants, purportedly in relation to Island 99B, was \$431.86. These assessments reflected the Assessment Rolls which, in 1987, indicated that Island 99D was vacant land, while Island 99B was described as residential.

Pursuant to the *MTSA*, the Municipality of Georgian Bay initiated tax sale proceedings in relation to Island 99D in view of the tax arrears owing by Jean Strain. The respondents were the successful bidders on Island 99D, purchasing it "sight unseen" for \$999. Upon visiting the location of Island 99D, the respondents discovered that the appellants had mistakenly been occupying Island 99D when they in actuality were the registered owners of Island 99B.

Following a series of letters between the parties with respect to who actually owned Island 99D, the appellants applied for a declaration that: (i) they owned Island 99D through adverse possession and (ii) the tax sale to the respondents was null and void. They also claimed: (i) a certificate of pending litigation on Island 99D and (ii) an interlocutory and permanent injunction restraining the respondents from trespassing on Island 99D. The respondents counter-applied for a declaration that they own Island 99D in fee simple. The trial judge decided the issue in favour of the appellants, but this ruling was reversed by the Ontario Court of Appeal, Finlayson J.A. dissenting.

Judgments Below

Supreme Court of Ontario

Hoolihan L.J.S.C. granted the relief requested by the appellants, concluding that a municipality had no jurisdiction to conduct a tax sale under the

plus, le bureau d'imposition municipale a imposé les appelants comme s'ils étaient propriétaires de l'île aménagée plutôt que de l'île aux pierres. Alors que la cotisation d'impôt foncier de Jean Strain a été fixée à 26,04 \$ pour l'année 1988 relativement à l'île 99D, celle des appelants, censément à l'égard de l'île 99B, s'élevait à 431,86 \$. Ces cotisations reflétaient les données du rôle d'évaluation foncière qui, en 1987, indiquait que l'île 99D était un terrain nu, mais qualifiait de résidentielle l'île 99B.

Conformément à la *MTSA*, la municipalité de Georgian Bay a procédé à la vente de l'île 99D en raison des arriérés d'impôts de Jean Strain. L'île 99D a été adjugée aux intimés qui l'ont achetée pour 999 \$, [TRADUCTION] «sans l'avoir vue». Quand ils s'y sont rendus, les intimés se sont aperçus que les appelants occupaient par erreur l'île 99D, alors qu'ils étaient en réalité propriétaires inscrits de l'île 99B.

Après que les parties eurent échangé une série de lettres sur la question de savoir qui était véritablement propriétaire de l'île 99D, les appelants ont demandé un jugement déclarant qu'ils en étaient propriétaires par possession adverse ou contraire et que la vente pour fins d'impôt aux intimés était nulle et sans effet. Ils sollicitaient en outre un certificat d'affaire en instance à l'égard de l'île 99D ainsi qu'une injonction interlocutoire et permanente empêchant les intimés de mettre les pieds sur l'île 99D. Quant aux intimés, ils ont demandé reconventionnellement un jugement les déclarant propriétaires en fief simple de l'île 99D. Le juge de première instance a statué en faveur des appelants, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Finlayson étant dissident.

Les juridictions inférieures

i Cour suprême de l'Ontario

Le juge local Hoolihan de la Cour suprême a accordé aux appelants le redressement sollicité, statuant que la municipalité n'avait pas compétence pour effectuer une vente pour fins d'impôt en vertu de la *MTSA* dans un cas où l'évaluation fon-

MTSA where the assessment underlying the proceeding was invalid. He concluded as follows:

In the case at bar, the property involved was really Island 99D. There were no arrears of taxes in connection with that island. All the taxes had been paid. An Act respecting the sale of lands for arrears of municipal taxes does not give a municipality the right to sell land on which all taxes are paid. That cherished doctrine of our law, "a man's home is his castle" cannot be defeated by an erroneous tax sale. It would be iniquitous if a failure to pay taxes by one person could mean the loss of a home or business belonging to those who have paid their taxes.

Ontario Court of Appeal (1991), 5 O.R. (3d) 449

Carthy J.A., for the majority, disagreed with the trial judge's characterization of the facts of the case. He concluded that the error in this case had been the appellants' having taken up residence on an island where there was no more than a claim to adverse possession. He found that there were taxes owing on Island 99D since Jean Strain had ceased to pay the taxes in relation to that property. In the result the majority allowed the appeal of the respondents, concluding at p. 455 that:

... there was only one error in the tax rolls and assessment procedures related to this sale, that being the description of cottage island as unimproved and the resulting nominal tax bill. That makes the assessment incorrect, rather than invalid. Even if the assessment is invalid, however, the tax deed is final, binding and conclusive and not open to challenge by virtue of s. 13(1).

I am satisfied that there is nothing in the facts of this case to justify consideration of the earlier jurisdiction cases in the context of the new Act. In particular, adverse possession is specifically contemplated by the Act and the type of adverse possession which can prevail over a tax deed is identified. This tax deed, when registered, gave the appellants unquestionable title to island 99D under the provisions of the Act.

cière qui sous-tendait la vente était invalide. Il a conclu ceci:

[TRADUCTION] En l'espèce, c'est en réalité de l'île 99D qu'il s'agissait. Il n'y avait aucun arriéré d'impôt relativement à celle-ci. Les impôts avaient été acquittés en totalité. Une loi concernant la vente de biens-fonds pour cause d'arriérés d'impôts municipaux ne confère nullement à la municipalité le droit de vendre un bien-fonds pour lequel l'impôt a été payé intégralement. Le principe chéri de notre droit suivant lequel «la maison d'une personne est pour elle son château» ne saurait être contrecarré par une vente erronée pour fins d'impôt. Il serait inique que l'omission d'une personne de payer ses impôts puisse entraîner pour quelqu'un qui a acquitté les siens la perte de sa maison ou de son commerce.

Cour d'appel de l'Ontario (1991), 5 O.R. (3d) 449

Le juge Carthy, au nom de la cour à la majorité, n'a pas perçu les faits de l'affaire de la même façon que le juge de première instance. Il a conclu qu'en l'espèce c'étaient les appelants qui avaient commis une erreur en s'établissant sur une île à l'égard de laquelle ils ne pouvaient faire valoir qu'un droit fondé sur la possession contraire. Il a conclu que des impôts étaient dus à l'égard de l'île 99D puisque Jean Strain avait cessé de les acquitter. En définitive, la cour à la majorité a accueilli l'appel des intimés en concluant, à la p. 455, que:

[TRADUCTION] ... en ce qui concerne cette vente, le rôle d'évaluation foncière et la procédure d'évaluation ne renferment qu'une seule erreur qui réside dans le fait de décrire l'île où se trouve le chalet comme étant non aménagée et d'exiger, par conséquent, un montant d'impôt très bas. Cela rend l'évaluation inexacte plutôt qu'invalid. Cependant, même si l'évaluation est invalide, l'acte d'adjudication est définitif et lie de façon concluante et il ne saurait faire l'objet d'une contestation fondée sur le par. 13(1).

Je suis convaincu que rien dans les faits de l'espèce ne justifie que, dans le contexte de la nouvelle loi, on tienne compte de la jurisprudence antérieure en la matière. En particulier, la Loi envisage expressément la possession contraire et décrit le genre de possession contraire qui l'emporte sur un acte d'adjudication. Aux termes de la Loi, cet acte, une fois enregistré, conférerait aux appelants un droit de propriété incontestable sur l'île 99D.

Finlayson J.A., dissenting, concluded that this was an appropriate case for the application of the error in *substantialibus* doctrine since there had been a fundamental mistake as between the municipality and the respondents with respect to the identity of the property being sold. In a situation involving such substantial error, he concluded that the statute could not preclude rescission of the conveyance. In that regard, he stated the following at p. 464:

Whether it is the case, as the trial judge saw it, that there were no arrears of taxes on the respondents' lands and accordingly no basis for the tax sale, or as I would put it, that there was a fundamental mistake as to the identity of the property which was the subject-matter of the tax deed, the court must interfere and correct this situation.

Issue

Should the *MTSA* be construed to prohibit review of a tax deed which purports to defeat the interest of a person who otherwise has an enforceable title to a parcel of land, and who has duly paid taxes with regard to the value of the parcel sold?

Relevant Legislative Provisions

Sections 9(5), 12 and 13(1) of the *Municipal Tax Sales Act, 1984*, provide:

9. — (1) . . .

(5) A tax deed or notice of vesting, when registered, vests in the person named therein or in the municipality, as the case may be, an estate in fee simple in the land, together with all rights, privileges and appurtenances and free from all estates and interests, subject only to,

- (a) easements and restrictive covenants that run with the land;
- (b) any estates and interests of the Crown in right of Canada or in right of Ontario; and
- (c) any interest or title acquired by adverse possession by abutting landowners before the registration of the tax deed or notice of vesting.

Le juge Finlayson, dissident, a conclu qu'il convenait en l'espèce d'appliquer le principe de l'erreur in *substantialibus*, puisque la municipalité et les intimés avaient commis une erreur fondamentale au sujet de la propriété faisant l'objet de la vente. Il a conclu que, devant une erreur aussi grave, la Loi ne pouvait empêcher l'annulation de la cession. À ce propos, il déclare ce qui suit, à la p. 464:

[TRADUCTION] Peu importe qu'il s'agisse d'un cas où, comme l'a estimé le juge de première instance, aucun arriéré d'impôt n'existait à l'égard du bien-fonds des intimés, de sorte que la vente pour fins d'impôt était injustifiée, ou bien, comme je le crois, d'un cas d'erreur fondamentale quant à la propriété visée par l'acte d'adjudication, la cour doit intervenir pour corriger la situation.

La question en litige

La *MTSA* devrait-elle s'interpréter comme interdisant l'examen d'un acte d'adjudication qui a pour effet d'éteindre le droit, par ailleurs valide, qu'a une personne sur un bien-fonds pour lequel cette personne a dûment acquitté les impôts en fonction de la valeur dudit bien-fonds?

Les dispositions législatives pertinentes

Le paragraphe 9(5), l'art. 12 et le par. 13(1) de la *Municipal Tax Sales Act, 1984* se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 9. — (1) . . .

(5) Par l'enregistrement de l'acte d'adjudication ou de l'avis de dévolution sont dévolus à la personne qui y est désignée ou à la municipalité, selon le cas, le domaine en fief simple sur le bien-fonds, ainsi que tous les droits et dépendances qui s'y rattachent, libres des autres domaines et intérêts, sous réserve:

- a) des servitudes et des clauses restrictives qui se rattachent au bien-fonds;
- b) des domaines et des intérêts de la Couronne du chef du Canada ou de l'Ontario;
- c) de tout intérêt ou titre, obtenu par possession adversative par des propriétaires contigus avant l'enregistrement de l'acte d'adjudication ou de l'avis de dévolution.

12. — (1) No proceedings for the sale of land under this Act are void by reason of any neglect, omission or error but, subject to this section and to section 13, any such neglect, omission or error may render the proceedings voidable.

(2) Subject to subsection (4) and to section 13,

- (a) a failure on the part of the treasurer to substantially comply with section 4 or subsection 9 (1) of this Act; or
- (b) an error or omission in the registration or sale of the land, other than an error or omission mentioned in subsection (5),

renders the proceedings under this Act voidable.

. . .

(5) No proceedings under this Act are rendered voidable by reason of,

- (a) a failure on the part of the treasurer to distrain for any reason or take any other action for the collection of taxes;
- (b) an error in the cancellation price other than a substantial error;
- (c) any error in the notices sent or delivered under this Act if the error has not substantially misled the person complaining of the error;
- (d) any error in the publishing or posting of advertisements if the error has not substantially misled the person complaining of the error;
- (e) any error in the description of the land in the tax arrears certificate if the error has not substantially misled the person complaining of the error.

. . .

13. — (1) Subject to proof of fraud, every tax deed and notice of vesting, when registered, is final, binding and conclusive and not subject to challenge for any reason including, without limiting the generality of the foregoing,

- (a) the invalidity of any assessment upon which the tax arrears were based; and

12. — (1) Aucun acte accompli en vertu de la présente loi visant la vente d'un bien-fonds n'est nul pour cause de négligence, d'omission ou d'erreur. Il peut toutefois être susceptible d'annulation pour ces mêmes causes, sous réserve du présent article et de l'article 13.

(2) Sous réserve du paragraphe (4) et l'article 13, les actes accomplis en vertu de la présente loi deviennent susceptibles d'annulation en raison:

- a) soit du fait que le trésorier ne s'est pas conformé, quant à l'essentiel, à l'article 4 ou au paragraphe 9(1) de la présente loi;
- b) soit d'une erreur ou d'une omission dans l'enregistrement ou la vente du bien-fonds, à l'exclusion d'une erreur ou d'une omission mentionnée au paragraphe (5).

. . .

(5) Aucun acte accompli en vertu de la présente loi ne peut être annulé en raison:

- a) du fait que le trésorier n'a pas pratiqué une saisie-gagerie, pour quelque motif que ce soit, ou n'a pas pris toute autre mesure en vue de la perception des impôts;
- b) d'une erreur dans le coût d'annulation, à l'exclusion d'une erreur grave;
- c) d'une erreur dans les avis envoyés ou remis aux termes de la présente loi, si la personne alléguant l'erreur n'a pas été gravement induite en erreur;
- d) d'une erreur dans la publication ou l'affichage d'annonces, si la personne alléguant l'erreur n'a pas été gravement induite en erreur;
- e) d'une erreur dans la description du bien-fonds dans le certificat d'arriérés d'impôts, si la personne alléguant l'erreur n'a pas été gravement induite en erreur.

. . .

13. — (1) Sous réserve d'une preuve de fraude, les actes d'adjudication et les avis de dévolution qui sont enregistrés sont définitifs et lient de façon concluante. Ils ne peuvent être contestés, notamment:

- a) pour l'invalidité d'une évaluation foncière sur laquelle étaient fondés les arriérés d'impôts;

(b) the breach of any requirements, including notice requirements, imposed by this or any other Act or otherwise by law,

b) pour manquement à des exigences, y compris celles touchant les avis, imposées par la présente loi, une autre loi ou toute autre règle de droit.

and no action may be brought for the recovery of the land after the registration of the tax deed or notice of vesting if the statutory declaration required by subsection 9 (4) has been registered.

^a Une action en recouvrement du bien-fonds ne peut être intentée après l'enregistrement de l'acte d'adjudication ou de l'avis de dévolution si la déclaration solennelle exigée par le paragraphe 9(4) a été enregistrée.

^b

Principles of Statutory Interpretation

Principes d'interprétation législative

It is true that courts have reluctantly departed from the literal interpretation of statutory provisions which are reasonably susceptible to only one meaning simply to avoid an unjust result: *Sutherland Publishing Co. v. Caxton Publishing Co.*, [1938] 1 Ch. 174; *The Queen v. The Judge of the City of London Court*, [1892] 1 Q.B. 273, per Lord Esher, at p. 290. Nevertheless, as recognized by this Court in *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621, per Lamer J. (as he then was), at p. 662, "this reluctance did not stop courts from departing from the ordinary rules of construction if through their application the law were to become what Dickens' Mr. Bumble said it sometimes could be, 'a ass, a idiot' (Dickens, *Oliver Twist*)". Thus, Canadian courts have adopted a pragmatic or purposive interpretative approach where the literal interpretation of a statutory provision would lead to results which are extremely unreasonable or inequitable (*Cadieux v. Montreal Gas Co.* (1898), 28 S.C.R. 382, rev'd [1899] A.C. 589; *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508) or where a literal approach would produce results incompatible with other provisions or the objects of the legislation in question: *The Queen v. Sommerville*, [1974] S.C.R. 387; *Workmen's Compensation Board v. The Bathurst Co.*, [1924] S.C.R. 216; *Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent*, [1967] Que. Q.B. 239. Thus, even where an interpretation of a legislative provision strains the words of the legislature, where an alternative interpretation would lead to absurd results, the former approach should prevail: *Paul v. The Queen*, *supra*, at p. 664.

^c Il est vrai que les tribunaux se sont montrés réticents à s'écarter, simplement pour éviter un résultat injuste, de l'interprétation littérale de dispositions législatives auxquelles ne peut raisonnablement être prêtées qu'un seul sens: *Sutherland Publishing Co. c. Caxton Publishing Co.*, [1938] 1 Ch. 174, *The Queen c. The Judge of the City of London Court*, [1892] 1 Q.B. 273, lord Esher, à la p. 290. Néanmoins, comme l'a reconnu le juge Lamer (maintenant Juge en chef) de notre Cour, dans l'arrêt *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621, à la p. 662, «cette réticence n'a pas empêché les tribunaux de s'écarter des règles ordinaires d'interprétation si, par leur emploi, le droit devait devenir ce que le M. Bumble de Dickens disait qu'il pouvait parfois être «un âne, un idiot» (Dickens, *Oliver Twist*)». Ainsi, les tribunaux canadiens ont adopté en matière d'interprétation une approche pragmatique ou fondée sur l'objet visé, dans le cas où l'interprétation littérale aurait produit soit des résultats extrêmement déraisonnables ou inéquitable (*Cadieux c. Montreal Gas Co.* (1898), 28 R.C.S. 382, inf. par [1899] A.C. 589, *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508), soit des résultats incompatibles avec d'autres dispositions ou avec les objets de la loi en question: *The Queen c. Sommerville*, [1974] R.C.S. 387, *Workmen's Compensation Board c. The Bathurst Co.*, [1924] R.C.S. 216, *Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent*, [1967] B.R. 239. Donc, même lorsque l'interprétation d'une disposition législative force le sens des mots du législateur, c'est elle qui doit l'emporter dans le cas où une autre interprétation conduirait à l'absurdité: *Paul c. La Reine*, précité, à la p. 664.

The Legislation

While the legislation in question provides for a series of protective measures with respect to the sale of property by a municipality for tax arrears, s. 13(1)(a) and (b) *MTSA*, if interpreted literally would shield from invalidity a tax deed issued in relation to a property sold completely in error, regardless of whether the property owner was given notice of the impending sale or whether tax arrears are actually owing on the property. One can easily imagine a situation in which tax-paying citizens could be deprived of their homes through a tax sale based on undiscovered errors in municipal record keeping. The only meaningful difference between such a case and the case at bar is that the appellants had a possessory claim to the land which was mistakenly sold by the municipality, rather than having held paper title to it. In my opinion, the literal interpretation of the *MTSA* suggested to this Court by the respondents would not only lead to absurd and unjust results, but also is inconsistent with the objects of the *MTSA* itself.

As noted by Finlayson J.A., a primary goal of the legislature in enacting the *MTSA* must have been to create certainty and finality in tax sales, thereby insuring that municipalities would have an effective mechanism for collecting tax arrears. Provisions such as s. 13(1) *MTSA* bear this out by providing that once a tax deed is issued, it is final and binding, except in a case where fraud is proven. That the legislature sought to achieve certainty and finality in tax sales through the implementation of the *MTSA* is also borne out by deletion of the provision in predecessor legislation that tax deeds were subject to challenge within two years of their execution: see the *Assessment Act*, R.S.O. 1937, c. 272, s. 186, and the *Municipal Act*, R.S.O. 1980, c. 302, s. 448. Moreover, s. 9(5)(c) *MTSA* provides that all adverse possessory claims, except those of abutting land owners, are extin-

La Loi

Bien que la *MTSA* prévoit une série de mesures protectrices en ce qui concerne la vente pour fins d'impôt d'un biens-fonds par une municipalité, une interprétation littérale de ses al. 13(1)a) et b) aurait pour effet de soustraire à l'invalidité un acte d'adjudication délivré à l'égard d'un bien-fonds vendu entièrement par erreur, peu importe que le propriétaire ait été avisé de la vente imminente ou qu'il ait vraiment existé des arriérés d'impôts relativement à ce bien-fonds. On peut facilement imaginer une situation où des contribuables pourraient perdre leur maison à la suite d'une vente pour fins d'impôt fondée sur des erreurs non décelées dans les registres municipaux. La seule différence importante entre une telle situation et celle qui nous occupe est que les appelants avaient, à l'égard du bien-fonds vendu par erreur par la municipalité, un intérêt possessoire plutôt qu'un titre de propriété en bonne et due forme. À mon avis, non seulement l'interprétation littérale de la *MTSA* que nous proposons les intimés conduirait à l'absurdité et à l'injustice, mais encore elle est incompatible avec les objets de la *MTSA* elle-même.

Comme l'a fait remarquer le juge Finlayson, le législateur a dû, en adoptant la *MTSA*, poursuivre avant tout, notamment, un objectif de certitude et d'irrévocabilité en matière de ventes pour fins d'impôt, afin que les municipalités disposent d'un mécanisme efficace de perception des arriérés d'impôts. C'est ce que confirment des dispositions comme le par. 13(1) *MTSA*, qui prévoit que l'acte d'adjudication délivré est définitif et lie de façon concluante, à moins qu'il n'y ait preuve de fraude. La suppression de la disposition qui, dans une loi antérieure, prévoyait que les actes d'adjudication étaient susceptibles de contestation dans les deux ans qui suivaient leur délivrance vient également confirmer que le législateur a cherché, au moyen de la *MTSA*, à atteindre un objectif de certitude et d'irrévocabilité en matière de ventes pour fins d'impôt: voir l'*Assessment Act*, R.S.O. 1937, ch. 272, art. 186, et la *Municipal Act*, R.S.O. 1980, ch. 302, art. 448. De plus, l'al. 9(5)c) *MTSA* prévoit que tous les intérêts fondés sur la possession con-

guished by the issuance of a tax deed by the municipality.

In pursuing the goal of certainty and finality in tax sales, however, the legislature has recognized the depth of the interests affected by municipal sales of the property of individuals and has constructed a series of conditions to be satisfied in order for the municipality to initiate tax sale proceedings pursuant to the *MTSA*: see ss. 4, 9 and 11. No doubt, the most important of these is the requirement that there be tax arrears owing prior to initiation of tax sale proceedings: see s. 3. This, of course, is the logical prerequisite to the furtherance of the legislative goal of providing effective mechanisms for municipalities to collect delinquent taxes. Under this legislation, unless tax arrears are owing, the municipality has no legitimate interest in selling an individual's property. Thus, while s. 13(1) states that a tax deed, when registered, is final, binding and conclusive, even where preceded by an invalid assessment or where the procedural requirements of the statute are not observed, where the deed is issued in relation to land in respect of which tax arrears are not owing, a conclusion that the tax deed is final and binding would not further the primary object of the legislation. In effect, such an interpretation would permit municipalities to sell private property in situations where tax arrears are not owing, an outcome inconsistent with the object of providing municipalities with efficacious methods for collection of tax arrears. In this regard, I note that s. 13 applies to shield from attack a tax deed based on an invalid assessment "upon which the tax arrears were based", thus implying that a prerequisite to the operation of the section is the existence of tax arrears.

I must pause to underscore the nature of the prerequisite I have identified. In particular, I note the distinction between "tax arrears improperly assessed" and the "complete absence of tax

traire, à l'exception de ceux des propriétaires contigus, s'éteignent au moment de la délivrance d'un acte d'adjudication par la municipalité.

Toutefois, en poursuivant l'objectif de certitude et d'irrévocabilité en matière de ventes pour fins d'impôt, le législateur a reconnu l'ampleur des intérêts touchés par les ventes de biens-fonds privés par des municipalités et il a établi une série de conditions à remplir pour qu'une municipalité puisse procéder à une vente pour fins d'impôt conformément à la *MTSA*: voir les art. 4, 9 et 11. Sans aucun doute, la plus importante de ces conditions est celle de l'existence d'un arriéré d'impôt: voir l'art. 3. C'est là évidemment la condition préalable logique de la réalisation de l'objectif législatif de mettre à la disposition des municipalités des mécanismes efficaces de perception des arriérés d'impôts. Suivant cette loi, la municipalité n'a aucun intérêt légitime à vendre une propriété privée, sauf s'il existe un arriéré d'impôt. Donc, bien que le par. 13(1) prévoit que l'acte d'adjudication enregistré est définitif et lie de façon concluante, même s'il a été précédé d'une évaluation foncière invalide ou si les exigences en matière de procédure posées par la Loi ne sont pas remplies, il reste que, dans un cas où l'acte d'adjudication est délivré relativement à un bien-fonds qui ne fait l'objet d'aucun arriéré d'impôt, la conclusion que cet acte est définitif et qu'il a force exécutoire ne favoriserait aucunement la réalisation de l'objet principal de la Loi. En fait, pareille interprétation permettrait aux municipalités de vendre des biens-fonds privés dans des cas où il n'y a aucun arriéré d'impôt, ce qui est incompatible avec l'objet de doter les municipalités de moyens efficaces de percevoir les arriérés d'impôts. Je souligne, à ce propos, que l'art. 13 s'applique de manière à protéger contre toute attaque un acte d'adjudication reposant sur une évaluation foncière invalide [TRADUCTION] «sur laquelle étaient fondés les arriérés d'impôts», ce qui implique que l'application de cet article est conditionnée par l'existence d'un arriéré d'impôt.

Je me dois d'insister ici sur la nature de la condition préalable dont j'ai constaté l'existence. En particulier, je souligne la distinction entre «l'arriéré d'impôt résultant d'une évaluation irrégul-

arrears". Section 13(1) legislatively abolished the ability of courts to interfere with tax deeds in cases which merely involve improper assessments: cf. *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185 (H.C.), and cases cited therein. It did not, in my view, intend to permit the arbitrary sale of property in cases which do not involve even a modicum of tax arrears.

The case at bar presents such a situation. Although the assessment records indicate otherwise, the practical reality of the situation in the case at bar is that the higher municipal taxes in relation to Island 99D, an island with a residential dwelling, were being paid by the appellants, who were in possession of that property, but were not its registered owners. Likewise, the municipal taxes in relation to Island 99B, calculated at the lower rate associated with vacant land, were actually being billed to the registered owner of Island 99D, Jean Strain. The appellants and their predecessors in title had been in possession of Island 99D since 1954 and the municipal assessment rolls and the taxes assessed in accordance with the description therein reflect the fact that they occupied and paid taxes upon improved, rather than vacant land.

To put the matter another way, the appellants paid taxes as if they held paper title to Island 99D. They had, prior to the tax sale, an apparently indefeasible possessory interest in that property. As possessory title owners, they paid taxes on the value of the title they owned. In substance, therefore, they paid taxes like good citizens. Moreover, in substance, no "tax arrears" within the meaning of the *MTSA* arose.

The appellants must, in my opinion, be thus distinguished from the adverse possessor who intentionally or negligently avoids a tax obligation. A tax deed would extinguish the interest of such a person: s. 9(5). By virtue of their exemplary tax-paying behaviour, and because their misapprehension of the paper-title status of Islands 99B and D was fuelled by the municipal tax rolls, I am unable

lière» et «l'absence totale d'arriéré d'impôt». Par le paragraphe 13(1), le législateur a retiré aux tribunaux la capacité de toucher aux actes d'adjudication dans des cas où il n'est question que d'une évaluation irrégulière: cf. *Re Kirton and Frolak*, [1973] 2 O.R. 185 (H.C.), et la jurisprudence y citée. Le législateur n'a pas, selon moi, voulu autoriser la vente arbitraire de biens-fonds lorsqu'il n'y a pas le moindre arriéré d'impôt.

C'est la situation qui existe en l'espèce. Quoique les registres d'évaluation indiquent le contraire, les impôts municipaux plus élevés relatifs à l'île 99D, sur laquelle avait été construite une habitation, étaient en fait acquittés par les appelants qui avaient la possession de l'île, mais qui n'en étaient pas les propriétaires inscrits. De même, les impôts municipaux relatifs à l'île 99B, calculés au taux plus bas prévu pour les terrains nus, étaient en réalité facturés à la propriétaire inscrite de l'île 99D, Jean Strain. Les appelants et leurs prédécesseurs avaient eu la possession de l'île 99D depuis 1954, et les rôles d'évaluation municipale ainsi que les cotisations d'impôt foncier établies conformément aux renseignements y consignés indiquent qu'ils occupaient un bien-fonds aménagé plutôt qu'un terrain nu et qu'ils payaient des impôts en conséquence.

En d'autres termes, les appelants acquittaient les impôts comme s'ils détenaient un titre de propriété en bonne et due forme à l'égard de l'île 99D. Avant la vente pour fins d'impôt, ils avaient ce qui semblait être un intérêt possessoire indéfectible dans ce bien-fonds. En tant que propriétaires en vertu d'un titre possessoire, ils payaient des impôts selon la valeur de leur titre. Essentiellement, ils acquittaient donc leurs impôts en bons citoyens. De plus, il n'y avait essentiellement aucun «arriéré d'impôt» au sens de la *MTSA*.

Il faut donc, à mon avis, distinguer les appelants du possesseur adversatif ou à titre de propriétaire qui, intentionnellement ou par négligence, se soustrait à une obligation fiscale. Un acte d'adjudication éteindrait l'intérêt de ce possesseur à titre de propriétaire: par. 9(5). Compte tenu de la manière exemplaire dont les appelants ont acquitté leurs impôts et étant donné que leur méprise concernant

to distinguish, in any meaningful way, the appellants' predicament from the predicament of the model citizen who has good paper-title to a house, who pays taxes, but who arrives home one day only to be met by a tax deed and a padlock.

Based upon this interpretative approach to the *MTSA*, therefore, I find that the substantive trigger of *MTSA* operation, tax arrears, never arose in this case. Any purported sale pursuant to the provisions of that Act must be inherently flawed, and the resulting tax deed must be void.

In addition to insuring that ss. 3 and 13(1) *MTSA* further the objects of the statute itself, the foregoing interpretation of the statutory provisions prevents the occasioning of an extremely unfair result. Unlike other adverse possessors, who are unlikely to have paid tax in relation to the land which they occupy, the appellants have acted as responsible tax-paying citizens. Moreover, it is highly unlikely that Jean Strain would have been willing to let Island 99D be sold for taxes had her understanding of the location of Island 99D not been reinforced by the municipal assessment rolls which indicated Island 99D to be vacant and Island 99B to be improved. Finally, the treasurer of the municipality deposed, as the representative of the municipality, that she had no intention of holding a public sale for improved lands, but relied upon the assessment of Island 99D as vacant land. If section 13(1) were interpreted as upholding the validity of a tax deed in circumstances such as these, the result is that those with a good possessory claim to property could be deprived of that property by a municipality, without notice and in circumstances where tax arrears were not owing. In my opinion, this is a manifestly unjust result which is not

la propriété en bonne et due forme des îles 99B et 99D a été renforcée par les rôles d'évaluation municipale, je ne puis faire aucune distinction utile entre la situation fâcheuse dans laquelle se trouvent les appelants et celle dans laquelle se trouve le citoyen modèle propriétaire en bonne et due forme d'une maison, qui acquitte ses impôts, mais qui, un beau jour, arrive chez lui pour découvrir que sa porte est cadénassée et que sa propriété fait l'objet d'un acte d'adjudication.

Me fondant sur ce mode d'interprétation de la *MTSA*, je conclus donc que l'élément fondamental qui déclenche l'application de cette loi, à savoir l'existence d'un arriéré d'impôt, n'a jamais existé en l'espèce. Il s'ensuit nécessairement que toute vente prétendument effectuée en vertu de ladite loi est intrinsèquement viciée et que l'acte d'adjudication qui en résulte est entaché de nullité.

En plus d'assurer que l'art. 3 et le par. 13(1) *MTSA* favorisent la réalisation des objets de la loi elle-même, l'interprétation précédente des dispositions législatives permet d'éviter un résultat extrêmement injuste. À la différence d'autres possesseurs à titre de propriétaire, qui n'ont probablement payé aucun impôt à l'égard du bien-fonds qu'ils occupent, les appelants ont agi en contribuables responsables. De plus, il est fort peu probable que Jean Strain aurait voulu que l'île 99D fasse l'objet d'une vente pour fins d'impôt si ce qu'elle croyait au sujet de l'île n'avait pas été renforcé par les rôles d'évaluation municipale qui indiquaient que l'île 99D était nue et que l'île 99B était aménagée. Enfin, la trésorière de la municipalité a témoigné, en tant que représentante de cette dernière, qu'elle n'avait pas voulu tenir une vente publique de biens-fonds aménagés, mais qu'elle s'était fondée sur l'évaluation foncière de l'île 99D à titre de terrain nu. Si le par. 13(1) était interprété comme confirmant la validité d'un acte d'adjudication dans des circonstances comme celles-ci, il en résulterait que tout détenteur d'un intérêt possessoire valable relativement à un bien-fonds risquerait de se voir priver de ce bien-fonds par une municipalité, sans aucun préavis et en l'absence d'aucun arriéré d'impôt. À mon avis, il s'agit là d'un résultat manifestement injuste qui n'est nulle-

necessitated by the wording or objects of the statute.

Finally, it is important to note that s. 9(5)(c) *MTSA* does not deprive all persons in adverse possession of a property from asserting their claims after the issuance of a tax deed. In fact, those persons who are in adverse possession of a property sold pursuant to the Act and are abutting landowners may still assert their claim after issuance of the tax deed. This provision must reflect a legislative intention to protect those who adversely possess property, treat it as their own and assume that the taxes which they pay relate to all of the property which they occupy. Although they were not abutting landowners, the appellants in the case at bar laboured under a false impression reinforced by the municipality, that they held paper title to the land which they adversely possessed and paid an amount of taxes reflective of the improved nature thereof. The similarity of their situation to that of an abutting landowner in adverse possession underscores the consistency of their claim with the objectives of the legislature.

Conclusion

In the result, I would allow the appeal and declare the tax deed in question to be void. However, I would leave the question of the vesting of title in Islands 99B and 99D to be determined in future proceedings. The appellants will have to quiet the title in relation to Island 99D and there is no basis upon which to conclude that their title to Island 99B is anything other than free and clear. Finally, there is no reason to impose title to Island 99B upon the respondents who placed their original bid on the basis of a survey of Island 99D. The appellants should have their costs throughout the proceedings.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.

ment commandé par le texte ou les objets de la Loi.

Finale­ment, il importe de souligner que l'al. 9(5)c) *MTSA* n'empêche pas tous les possesseurs à titre de propriétaire d'un bien-fonds de faire valoir leurs droits après la délivrance d'un acte d'adjudication. En fait, les possesseurs à titre de propriétaire d'un bien-fonds vendu conformément à la Loi, qui sont propriétaires contigus peuvent encore faire valoir leurs droits après la délivrance de l'acte d'adjudication. Cette disposition doit traduire l'intention du législateur de protéger les possesseurs à titre de propriétaire qui agissent à l'égard d'un bien-fonds comme s'il leur appartenait et qui supposent que les impôts qu'ils paient se rapportent à la totalité du bien-fonds qu'ils occupent. Quoiqu'ils ne fussent pas propriétaires contigus, les appelants en l'espèce avait la fausse impression, renforcée par la municipalité, qu'ils détenaient un titre de propriété en bonne et due forme relativement au bien-fonds dont ils avaient la possession contraire et pour lequel ils payaient des impôts qui reflétaient l'aménagement du bien-fonds. La similitude entre la situation des appelants et celle du propriétaire contigu qui a la possession contraire d'un bien-fonds vient souligner la compatibilité de leur réclamation avec les objectifs du législateur.

Conclusion

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'acte d'adjudication en cause. J'estime cependant que la question de la dévolution du droit de propriété sur les îles 99B et 99D devra être tranchée dans le cadre de procédures ultérieures. Les appelants devront régulariser le titre de propriété relatif à l'île 99D et rien ne permet de conclure que le droit de propriété qu'ils ont sur l'île 99B n'est pas libre et quitte. Finalement, il n'y a aucune raison d'imposer la propriété de l'île 99B aux intimés qui ont fondé leur offre initiale sur un levé de l'île 99D. Les appelants auront droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.

*Solicitors for the appellants: Hacker, Gignac,
Rice, Midland.*

*Procureurs des appelants: Hacker, Gignac,
Rice, Midland.*

*Solicitor for the respondents: Michael Anne
MacDonald, Bracebridge.*

*Procureur des intimés: Michael Anne
a MacDonald, Bracebridge.*



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1994 Vol. 2

2^e cahier, 1994 Vol. 2

Cited as [1994] 2 S.C.R. 165-337

Renvoi [1994] 2 R.C.S. 165-337

Published pursuant to the Supreme Court Act by
ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada
Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Canada v. Antosko..... 312

Income tax — Deductions — Interest — Interest on debenture accruing to non-taxable government board — Debenture transferred from board to appellants — Interest accruing before transfer of debenture but paid after transfer — Recipients of interest including it in income and then deducting it — Whether transaction within ambit of s. 20(14) of the Income Tax Act — If so, whether no s. 20(14)(b) deduction available to the transferee unless transferor included this same amount in the computation of its income, pursuant to s. 20(14)(a) — Whether all of the interest sought to be deducted met the conditions of s. 20(14) — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(14)(a), (b).

Catholic Children's Aid Society of Metropolitan

Toronto v. M.(C.)..... 165

Family law — Appellate court status review under Child and Family Services Act — Child taken into protection and ultimately made Crown ward with access to birth parent denied in anticipation of adoption — Child's status subject to review under Act — Whether fresh evidence admissible on status

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada
Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Canada c. Antosko..... 312

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêt — Intérêt sur débenture accumulé au profit d'un organisme gouvernemental exonéré d'impôt — Débenture transférée de l'organisme aux appelants — Intérêt accumulé avant le transfert de la débenture payé après le transfert — Intérêt inclus dans le revenu des bénéficiaires, puis déduit — L'opération tombe-t-elle sous le coup de l'art. 20(14) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Dans l'affirmative, le bénéficiaire du transfert ne peut-il se prévaloir de la déduction prévue à l'art. 20(14)(b) que si l'auteur du transfert a inclus le même montant dans le calcul de son revenu conformément à l'art. 20(14)(a)? — L'intérêt que l'on cherche à déduire satisfait-il en totalité aux conditions énoncées à l'art. 20(14)? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(14)(a), (b).

Catholic Children's Aid Society of Metropolitan

Toronto c. M.(C.)..... 165

Droit de la famille — Révision du statut de l'enfant en cour d'appel en vertu de la Loi sur les services à l'enfance et à la famille — Enfant placée sous la protection de la société et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

review — Whether status review reconsideration of initial decision or assessment of current situation — Interplay between Act's requiring preservation and integrity of family unit if possible and its requiring consideration of best interests of the child — Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 1, 37(2)(f), (g), (3), 57(1), (3), (9), 58(1)(a), (b), 59(2)(a), (b), (c), (d), 65(1)(a), (b), (c), (3)(a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), 69(6), 70(1), (3)(a), (b).

R. v. Howard..... 299

Indians — Fishing rights — Treaty — Whether 1923 treaty extinguished Hiawatha Band's fishing rights on Otonabee River.

Indians — Validity of treaty — Treaty surrendering fishing rights not ratified by order-in-council — Whether treaty valid.

Courts — Appellate courts — Jurisdiction — Main issues factual and subject of concurrent findings in courts below — Findings of courts below affirmed in absence of palpable and overriding error.

R. v. Jack..... 310

Criminal law — Charge to jury — Accused acquitted of second degree murder after second trial — Trial judge's slip in recharge amounting to serious misdirection — Order for new trial upheld.

Criminal law — Evidence — Timely disclosure — Crown making full disclosure before second trial — Court of Appeal having no jurisdiction to order stay for failure to disclose since no application had been made to trial court — Order for new trial not amounting to abuse of process.

R. v. Jones..... 229

Criminal law — Dangerous offenders — Sexual offences — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether admission in evidence of results of pre-trial psychiatric examinations violated accused's right against self-incrimination — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 537(1)(b), 755.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right against self-incrimination — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether admission in evidence of results of pre-trial psychiatric examinations violated accused's right against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

SOMMAIRE (Suite)

ensuite devenue pupille de la Couronne sans droit de visite par le parent naturel, en vue de son adoption — Révision du statut de l'enfant prévue dans la Loi — Peut-il y avoir réception d'une nouvelle preuve au cours d'une instance en révision du statut de l'enfant? — L'instance en révision de statut donne-t-elle lieu à un réexamen de la décision initiale ou à une appréciation de la situation actuelle? — Corrélation entre la Loi qui exige, dans la mesure du possible, la préservation et l'intégrité de la cellule familiale et l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant — Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O., 1990, ch. C.11, art. 1, 37(2)f, g), (3), 57(1), (3), (9), 58(1)a), b), 59(2)a), b), c), d), 65(1)a), b), c), (3)a), b), c), d), e), f), g), 69(6), 70(1), (3)a), b).

R. c. Howard..... 299

Indiens — Droits de pêche — Traité — Le traité de 1923 a-t-il éteint les droits de pêche de la bande Hiawatha dans la rivière Otonabee?

Indiens — Validité d'un traité — Traité cédant les droits de pêche non ratifié par décret — Le traité est-il valide?

Tribunaux — Tribunaux d'appel — Compétence — Principales questions portant sur des faits et ayant donné lieu à des conclusions concordantes des juridictions inférieures — Confirmation des conclusions des juridictions inférieures en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

R. c. Jack..... 310

Droit criminel — Exposé au jury — Accusé acquitté de meurtre au deuxième degré à la suite d'un second procès — Lapsus commis dans le nouvel exposé du juge du procès équivalant à une directive erronée aux conséquences sérieuses — Ordonnance de nouveau procès maintenue.

Droit criminel — Preuve — Divulgaration au moment opportun — Divulgaration complète effectuée par le ministère public avant le second procès — Cour d'appel non-compétente pour ordonner l'arrêt des procédures en raison de l'omission de divulguer en l'absence d'une demande en ce sens au tribunal de première instance — Ordonnance de nouveau procès n'équivalant pas à un abus de procédure.

R. c. Jones..... 229

Droit criminel — Délinquants dangereux — Infractions d'ordre sexuel — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaidant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — L'admission en preuve des résultats des examens psychiatriques préalables au procès a-t-elle violé le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 537(1)b), 755.

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether accused's right to counsel violated when he was not advised that psychiatric investigation could include observations with respect to his future dangerousness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Willmor Discount Corp. v. Vaudreuil (CITY)..... 210

Obligations — Recovery of thing not due — Appellant's immovables acquired by City following sale for taxes and resold to third party prior to judgment quashing tax by-law and sale for taxes — Whether appellant could bring action to recover thing not due.

Prescription — Recovery of taxes — Appellant's immovables acquired by City in 1972 following sale for taxes and resold to third party prior to judgment quashing tax by-law and sale for taxes — Restitution of immovables in kind impossible — New action alleging fraudulent sale brought by appellant in 1984 and amended in 1987 to plead sale of another's property and claim payment of price received by City — Whether appellant's new action prescribed — Civil Code of Lower Canada, art. 2224 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 586.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de ne pas s'incriminer — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaçant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — L'admission en preuve des résultats des examens psychiatriques préalables au procès a-t-elle violé le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaçant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé du fait qu'on ne l'a pas avisé que l'examen psychiatrique pourrait inclure des observations sur sa dangerosité future? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Willmor Discount Corp. c. Vaudreuil (VILLE)..... 210

Obligations — Répétition de l'indu — Immeubles de l'appelante acquis par la ville à la suite d'une vente pour taxes et revendus à un tiers avant le jugement annulant le règlement d'imposition et la vente pour taxes — L'appelante pouvait-elle exercer un recours en répétition de l'indu?

Prescription — Répétition de taxes — Immeubles de l'appelante acquis par la ville en 1972 à la suite d'une vente pour taxes et revendus à un tiers avant le jugement annulant le règlement d'imposition et la vente pour taxes — Restitution en nature des immeubles impossible — Nouvelle action alléguant vente frauduleuse intentée par l'appelante en 1984 et amendée en 1987 pour invoquer la vente du bien d'autrui et réclamer le paiement du prix reçu par la ville — La nouvelle action de l'appelante est-elle prescrite? — Code civil du Bas-Canada, art. 2224 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 586.

C.M. Appellant

v.

**Catholic Children's Aid Society of
Metropolitan Toronto and the Official
Guardian Respondents**INDEXED AS: CATHOLIC CHILDREN'S AID SOCIETY OF
METROPOLITAN TORONTO v. M. (C.)

File No.: 23644.

1993: December 7; 1994: May 5.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Family law — Appellate court status review under
Child and Family Services Act — Child taken into pro-
tection and ultimately made Crown ward with access to
birth parent denied in anticipation of adoption —*
Child's status subject to review under Act — Whether
fresh evidence admissible on status review — Whether
status review reconsideration of initial decision or
assessment of current situation — Interplay between
Act's requiring preservation and integrity of family unit
*if possible and its requiring consideration of best inter-
ests of the child — Child and Family Services Act,*
R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 1, 37(2)(f), (g), (3), 57(1), (3),
(9), 58(1)(a), (b), 59(2)(a), (b), (c), (d), 65(1)(a), (b),
(c), (3)(a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), 69(6), 70(1), (3)(a),
(b).

Respondent society took S.M. into protection on sev-
eral occasions and supervised her mother (C.M.) on the
skills of parenting. S.M. has been in the respondent
society's care from February 1989 when she was made a
ward of the society, on consent, for four months.
Throughout this wardship, the society continued to work
with C.M. and facilitated regular visits with S.M. None-
theless, the bonding — the development of an interac-
tive relationship and the attachment between S.M. and
her birth mother — remained minimal. In December
1989, after a second four-month wardship, the respon-
dent society brought a status review application seeking
an order of Crown wardship without access for the pur-

C.M. Appelante

c.

**^a Catholic Children's Aid Society of
Metropolitan Toronto et le tuteur
public Intimés****^b RÉPERTORIÉ: CATHOLIC CHILDREN'S AID SOCIETY OF
METROPOLITAN TORONTO c. M. (C.)**

N° du greffe: 23644.

^c 1993: 7 décembre; 1994: 5 mai.Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.**^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

Droit de la famille — Révision du statut de l'enfant en
cour d'appel en vertu de la Loi sur les services à l'en-
fance et à la famille — Enfant placée sous la protection
de la société et ensuite devenue pupille de la Couronne
sans droit de visite par le parent naturel, en vue de son
adoption — Révision du statut de l'enfant prévue dans
la Loi — Peut-il y avoir réception d'une nouvelle preuve
au cours d'une instance en révision du statut de l'en-
fant? — L'instance en révision de statut donne-t-elle
lieu à un réexamen de la décision initiale ou à une
appréciation de la situation actuelle? — Corrélation
entre la Loi qui exige, dans la mesure du possible, la
préservation et l'intégrité de la cellule familiale et
l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant — Loi sur les
services à l'enfance et à la famille, L.R.O., 1990, ch.
C.11, art. 1, 37(2)(f), (g), (3), 57(1), (3), (9), 58(1)a), b),
59(2)a), b), c), d), 65(1)a), b), c), (3)a), b), c), d), e), f),
g), 69(6), 70(1), (3)a), b).

^h La société intimée a pris S.M. sous sa protection à
plusieurs reprises et a supervisé sa mère (C.M.) relative-
ment à ses responsabilités parentales. S.M. est confiée à
la société intimée depuis février 1989, alors que l'en-
fant, sur consentement, en est devenue la pupille pour
une période de quatre mois. Tout au long de la période
de tutelle, la société a continué de travailler avec C.M.
et de lui faciliter des visites périodiques avec S.M.
Néanmoins, le lien, c'est-à-dire l'établissement d'une
relation entre S.M. et sa mère naturelle et l'attachement
entre elles, a continué d'être minime. En décembre
1989, après une deuxième période de tutelle de quatre
mois, la société intimée a présenté une requête en révi-

poses of adoption. The appellant opposed the motion and the matter was dealt with sporadically throughout 1991. On February 17, 1992, the Ontario Court (Provincial Division) ordered that S.M. be returned to the appellant on the basis that court intervention was no longer necessary to protect the child. The judge considered C.M. capable of acquiring the skill to care for her daughter adequately. The respondent society obtained a stay of the order and unsuccessfully appealed to the Ontario Court (General Division). The Court of Appeal granted a stay of the order for return pending appeal and a motion for the introduction of fresh evidence. It allowed the appeal, set aside the order for the return of the child to the mother and ordered that the child be made a Crown ward, without access, for the purposes of adoption. The appellant birth mother, C.M., appealed this order. The main issue was the interpretation of Ontario's *Child and Family Services Act*, particularly with respect to status review applications. An incidental question concerned the introduction of fresh evidence on appeal. The new evidence sought to be admitted concerned the consistent and repeated assertions of the child that she regarded her foster family as her real family, that she did not want to see her birth mother and that attempts to implement access visits with the birth mother had become almost impossible because of the child's negative reactions — emotional, psychological and physical going to her very well-being — to them.

Held: The appeal should be dismissed.

(a) Fresh Evidence on Appeal

Section 43(8) of the *Child Welfare Act* deals with the admission of fresh evidence on appeal. The test formulated in *Re Genereux and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* with respect to similar remedial legislation, that the judge on appeal may exercise his or her discretion and hear further evidence so long as it is relevant to a consideration of the best interests of the child, probably did not intend to depart significantly from the four-part test in *R. v. Palmer* and *R. v. Stolar*. It is very attune to the philosophy and objectives of the Act and should be applied in cases determining the welfare of children where accurate and up-to-date information is essential. Although it might be more in line with usual procedures for a court of appeal to base its conclusions on the evidence before the trial

sion du statut de l'enfant requérant une ordonnance de pupille de la Couronne, sans droit de visite, pour fins d'adoption. L'appelante s'étant opposée à la requête, l'affaire a été entendue sporadiquement pendant l'année 1991. Le 17 février 1992, la Cour de l'Ontario (Division provinciale) a ordonné que S.M. soit rendue à l'appelante au motif que l'intervention du tribunal n'était plus nécessaire pour protéger l'enfant. Le juge était d'avis que C.M. était en mesure d'acquérir la capacité de s'occuper convenablement de sa fille. La société intimée a obtenu un sursis d'exécution de l'ordonnance et a, sans succès, interjeté appel devant la Cour de l'Ontario (Division générale). La Cour d'appel a accordé un sursis d'exécution de l'ordonnance visant à rendre l'enfant à sa mère et a fait droit à une requête pour le dépôt d'une nouvelle preuve. Elle a accueilli l'appel, annulé l'ordonnance visant à rendre l'enfant à sa mère et ordonné que l'enfant devienne une pupille de la Couronne, sans droit de visite, pour fins d'adoption. La mère naturelle appelante, C.M., en a appelé de cette ordonnance. La principale question en litige porte sur l'interprétation de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, notamment en ce qui concerne les requêtes en révision du statut de l'enfant. Une question incidente a été soulevée relativement à la réception d'une nouvelle preuve en appel. Les nouveaux éléments de preuve que l'on voulait faire admettre portaient sur le fait que l'enfant a toujours répété qu'elle estimait que sa famille d'accueil était sa vraie famille et qu'elle ne voulait pas voir sa mère naturelle et sur celui que les tentatives de mise en œuvre des droits de visite de la mère naturelle étaient devenues pratiquement impossibles à cause de la réaction négative — relativement à son bien-être affectif, psychologique et physique — qu'elles engendraient chez l'enfant.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

a) Dépôt d'une nouvelle preuve en appel

Le paragraphe 43(8) de la *Child Welfare Act* porte sur la réception d'une nouvelle preuve en appel. Il est peu probable, en formulant le critère formulé dans l'arrêt *Re Genereux and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* relativement à une disposition corrective similaire, selon lequel le juge en appel peut décider qu'il exercera son pouvoir discrétionnaire et acceptera des éléments de preuve supplémentaires s'ils sont pertinents relativement à l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant, que l'on ait voulu s'écarter sensiblement du critère en quatre volets formulé dans les arrêts *R. c. Palmer* et *R. c. Stolar*. Ce critère s'harmonise fort bien avec la philosophie et les objectifs de la Loi et devrait s'appliquer aux causes visant le bien-être des enfants dans lesquelles il est essentiel d'avoir des renseignements précis et à

judge, the particular nature of appeals in child welfare legislation requires a sufficiently flexible rule where an accurate assessment of the present situation of the parties and the children, in particular, is of crucial importance.

Both the Court of Appeal and this Court were entitled to consider the fresh evidence submitted; it met the test for admission. This evidence could not have been adduced before, was highly relevant in that it enabled the court to make determinations on an accurate picture of the situation at hand, was potentially decisive as to the child's best interests and was credible. In addition, the evidence was uncontroverted and bridged the gap between the evidence submitted before the Court of Appeal in May 1993 and the present situation.

(b) The Status Review Hearing

The *Child and Family Services Act* specifies the procedure to be followed, the evidentiary requirements under this process and, most of all, spells out the objectives of the legislation in s. 1. The first and "paramount" objective is the promotion of "the best interests, protection and well-being of children". The Act carefully seeks to balance the rights of parents (and, to that end, the need to restrict state intervention) with the rights of children to protection and well-being. Status review hearings are part of the procedure set out in the Act to insure that the child protection policy directives are being properly carried out by the orders made under the Act and, to that end, all orders made pursuant to s. 57(1) are subject to time limits and to review pursuant to s. 64(1).

The function of the status review hearing is not to retry the original need for a protection order but rather to evaluate whether there is a need for a continued order for protection. Once a finding of the need for protection has originally been made, there is still the requirement, upon a status review, to consider whether the child is or is no longer in need of future protection. Children's needs are continually evolving and these ever-changing circumstances must be taken into account. The courts must continually evaluate the need for state intervention in order to insure that the objectives of the Act are being

jour. Même s'il est peut-être plus conforme à la pratique d'une cour d'appel de fonder ses conclusions sur la preuve présentée devant le juge de première instance, la règle doit être suffisamment souple, en raison de la nature particulière des appels prévus dans les lois visant le bien-être des enfants, où il est d'une importance capitale d'avoir des renseignements précis et à jour sur la situation des parties et, tout particulièrement, des enfants.

La Cour d'appel et notre Cour étaient en droit d'examiner la nouvelle preuve qui leur avait été soumise; cette preuve satisfait au critère d'admissibilité. Les éléments de preuve en question n'auraient pu être produits antérieurement, ils sont fort pertinents en ce qu'ils permettent au tribunal de prendre des décisions à partir d'un tableau précis de la situation, ils sont potentiellement décisifs quant à l'intérêt véritable de l'enfant et ils sont crédibles. En outre, ces éléments de preuve ne sont pas contredits et comblent le vide entre la preuve déposée devant la Cour d'appel en mai 1993 et la situation actuelle.

b) Instance en révision du statut de l'enfant

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* précise la procédure à suivre et les exigences en matière de preuve et, surtout, elle formule dans son article premier les objectifs de cette loi, dont le «principal» est de promouvoir «l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être». La Loi vise tout particulièrement à établir un équilibre entre les droits des parents (et, à cette fin, la nécessité de restreindre l'intervention de l'État) et les droits des enfants à leur protection et à leur bien-être. Les instances en révision du statut de l'enfant font partie de la procédure que la Loi prévoit afin que les ordonnances rendues soient conformes aux directives de principe en matière de protection de l'enfance. C'est pourquoi toutes les ordonnances rendues conformément au par. 57(1) sont assujetties à des durées maximales ainsi qu'au processus de révision visé au par. 64(1).

Une instance en révision du statut de l'enfant n'a pas pour objet de réexaminer l'ordonnance originale de protection, mais de déterminer si le maintien de l'ordonnance de protection est nécessaire. Une fois établi le besoin de protection, il est encore nécessaire, au cours d'une instance en révision, d'examiner si l'enfant a besoin de protection à l'avenir. Les besoins des enfants changent continuellement et il faut tenir compte de l'évolution de leur situation. Les tribunaux doivent continuellement se demander si l'intervention de l'État est nécessaire pour assurer le respect des objectifs de la Loi.

met. The determination of continued need cannot be *res judicata* with respect to s. 57(1) of the Act.

A two-fold examination must be undertaken on a status review. The first is concerned with whether the child continues to be in need of protection and, as a consequence, requires a court order for his or her protection. Regardless of the conclusion reached at this first stage, the need for continued protection encompasses more than the examination of the events that triggered the intervention of the state in the first place. The court must look at the child's best interests. This flexible approach is in line with the objectives of the Act, as it seeks to balance the best interests of children with the need to prevent indeterminate state intervention, while at the same time recognizing that the best interests of the child must always prevail. In determining what is in the child's best interest, the Act provides extensive guidance. Notwithstanding the specific provisions of the Act, however, traditional discussions with respect to best interests remain highly relevant. The wide focus of the best interests test encompasses an examination of the entirety of the situation and thus includes concerns arising from emotional harm, psychological bonding and the child's desires, which the Act contemplates as well.

Within the realm of the "best interests of the child", the most important factor in this case concerned the psychological bonding of the child to the foster family. The emotional well-being of a child is of the utmost importance, particularly where the evidence points to possible long-term adverse consequences resulting from the removal of the child from his or her foster family and the return to his or her birth parents. The focus of maintaining family units is only commensurate as long as it is in the best interests of the child; otherwise it would be at cross purposes with the plain objectives of the Act. The best interests of a child require different solutions over time and such interests may have to take precedence over any parental interests.

The need for continued protection was easily established here. The determination of whether the child continues to be in need of protection cannot solely focus on the parent's parenting ability. It must also have a child-centred focus and must examine whether the child, in light of the interceding events, continues to require state protection.

La décision portant sur le besoin continu de protection ne saurait avoir force de chose jugée en ce qui concerne le par. 57(1) de la Loi.

L'examen en révision du statut de l'enfant comporte deux volets. Le premier consiste à se demander si l'enfant continue d'avoir besoin de protection et doit, en conséquence, faire l'objet d'une ordonnance de protection. Quelle que soit la conclusion tirée à cette première étape, le besoin de continuer la protection comprend davantage que l'examen des événements qui ont déclenché l'intervention initiale de l'État. Le tribunal doit examiner l'intérêt véritable de l'enfant. Cette démarche souple est compatible avec les objectifs de la Loi car elle cherche à soupeser l'intérêt véritable de l'enfant par rapport à la nécessité d'empêcher que l'intervention de l'État ne se poursuive indéfiniment, tout en permettant de reconnaître que l'intérêt véritable de l'enfant doit toujours prédominer. La Loi contient nombre d'indices pour déterminer ce en quoi consiste l'intérêt véritable de l'enfant. Toutefois, nonobstant les dispositions spécifiques de la Loi, les notions traditionnelles du meilleur intérêt de l'enfant demeurent fort pertinentes. La portée générale du test du meilleur intérêt de l'enfant englobe l'examen de la situation dans son ensemble, notamment des préoccupations reliées aux problèmes affectifs, à l'attachement psychologique et aux désirs de l'enfant, que la Loi vise également.

Dans l'examen de la question de «l'intérêt véritable de l'enfant», l'attachement psychologique de l'enfant à sa famille d'accueil est en l'espèce le facteur le plus important. Le bien-être affectif d'un enfant revêt une très grande importance, particulièrement lorsque la preuve révèle que retirer l'enfant de sa famille d'accueil pour le retourner chez ses parents naturels risquerait d'entraîner des conséquences négatives à long terme. Le maintien de la cellule familiale occupe une place importante seulement s'il est dans l'intérêt véritable de l'enfant; favoriser le contraire irait à l'encontre des objectifs clairs de la Loi. L'intérêt véritable d'un enfant exigera au fil des ans des solutions différentes; il se peut même que cet intérêt l'emporte sur celui du père ou de la mère.

Le besoin continu de protection de l'enfant a facilement été prouvé en l'espèce. Pour déterminer si l'enfant continue d'avoir besoin de protection, on ne peut mettre l'accent uniquement sur la capacité du père ou de la mère à assumer leurs responsabilités. Il faut aussi mettre l'accent sur l'enfant et examiner si celui-ci, compte tenu des circonstances, continue d'avoir besoin de la protection de l'État.

(c) Access

Once Crown wardship has been ordered, s. 58(1) of the Act creates a presumption against access. Section 59(2) specifies the unusual circumstances in which access can be ordered. The burden is that of the applicant. Here, none of the exceptions set out in s. 59(2) was applicable or proven. Although there may be cases where temporary or transitional access could be beneficial to the child, the situation here did not allow for such a solution.

c) Droit de visite

Une fois prononcée une ordonnance de tutelle par la Couronne, le par. 58(1) de la Loi crée une présomption de révocation du droit de visite. Le paragraphe 59(2) précise les circonstances exceptionnelles où une ordonnance de visite peut être rendue. C'est le demandeur qui a le fardeau de preuve. En l'espèce, aucune des exceptions visées au par. 59(2) n'est applicable, et aucune n'a été prouvée. Il peut certes y avoir des cas où l'octroi d'un droit de visite temporaire ou provisoire pourrait être avantageux pour un enfant, mais la situation en l'espèce ne se prête pas à cette solution.

Cases Cited

Applied: *Re Genereux and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1985), 53 O.R. (2d) 163; **referred to:** *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321; *Children's Aid Society of Renfrew County v. L.P.W.* (1989), 32 O.A.C. 394; *M.M. v. B.M.* (1982), 37 O.R. (2d) 716; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1992), 43 R.F.L. (3d) 36; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Re Baby Duffell, Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737; *L. (K.) v. C.A.S., Stormont, Dundas and Glengarry* (1988), 12 R.F.L. (3d) 76; *Children's Aid Society of Ottawa v. G.M.* (1978), 3 R.F.L. (2d) 226; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto and G. (C.)*, [1986] O.J. No. 1746 (Q.L.); *Children's Aid Society of Halifax v. A. (M.)*, [1986] N.S.J. No. 423; *Children's Aid Society of Winnipeg v. Frohnen*, [1975] 2 W.W.R. 27; *In re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143; *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273; *C.C.A.S. of Metro. Toronto v. H. (K.)* (1987), 6 R.F.L. (3d) 1 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)), rev'd (1988), 21 R.F.L. (3d) 115 (Ont. Dist. Ct.), aff'd *sub nom. G. (C.) v. H. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 300; *G. (A.) v. C.C.A.S., Metro. Toronto*, Ont. Gen. Div., No. 105/89, September 19, 1990, summarized at [1990] W.D.F.L. 1222; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G. and S.A.* (1989), 100 N.B.R. (2d) 357; *Langille v. Children's Aid Society of Halifax*, N.S.C.A., June 18, 1993, unreported; *Winnipeg Child & Family Services v. F. (A.C.)* (1992), 42 R.F.L. (3d) 337; *Tearoe v. Sawan*, B.C.C.A., Victoria Registry No.V01916, August 19, 1993, unreported.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Re Genereux and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1985), 53 O.R. (2d) 163; **arrêts mentionnés:** *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321; *Children's Aid Society of Renfrew County c. L.P.W.* (1989), 32 O.A.C. 394; *M.M. c. B.M.* (1982), 37 O.R. (2d) 716; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1992), 43 R.F.L. (3d) 36; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Re Baby Duffell, Martin c. Duffell*, [1950] R.C.S. 737; *L.(K.) c. C.A.S., Stormont, Dundas and Glengarry* (1988), 12 R.F.L. (3d) 76; *Children's Aid Society of Ottawa c. G.M.* (1978), 3 R.F.L. (2d) 226; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto and G. (C.)*, [1986] O.J. n° 1746 (Q.L.); *Children's Aid Society of Halifax c. A. (M.)*, [1986] N.S.J. n° 423; *Children's Aid Society of Winnipeg c. Frohnen*, [1975] 2 W.W.R. 27; *In re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143; *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273; *C.C.A.S. of Metro. Toronto c. H. (K.)* (1987), 6 R.F.L. (3d) 1 (C.P. Ont. (Div. fam.)), inf. par (1988), 21 R.F.L. (3d) 115 (C. Dist. Ont.), conf. par *sub nom. G. (C.) c. H. (J.)* (1989), 23 R.F.L. (3d) 300; *G. (A.) c. C.C.A.S., Metro. Toronto*, Div. gén. Ont., n° 105/89, le 19 septembre 1990, résumé dans [1990] W.D.F.L. 1222; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. S.G. et S.A.* (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 357; *Langille c. Children's Aid Society of Halifax*, C.A.N.-É., le 18 juin 1993, inédit; *Winnipeg Child & Family Services c. F. (A.C.)* (1992), 42 R.F.L. (3d) 337; *Tearoe c. Sawan*, C.A.C.-B., greffe de Victoria n° V01916, le 19 août 1993, inédit.

Statutes and Regulations Cited

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 1(a), (b), (c), (d), 37(2)(f), (g), (3), 57(1), (3), (9), 58(1)(a), (b), 59(2)(a), (b), (c), (d), 65(1)(a), (b), (c), (3)(a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), 69(6), 70(1), (3)(a), (b).

Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, s. 43(8).

Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5, s. 49(5).

Rules of the Provincial Court (Family Division), R.R.O. 1980, Reg. 810, s. 70.

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 62(3) [am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31].

Authors Cited

Barnhorst, Richard F. "Child Protection Legislation: Recent Canadian Reform", in Barbara Landau, ed., *Children's Rights in the Practice of Family Law*, p. 255. Toronto: Carswell, 1986.

Coleman, Phyllis. "A Proposal for Terminating Parental Rights: 'Spare the Parent, Spoil the Child'" (1993), 7 *Am. J. Fam. L.* 123.

Dreidger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

MacKinnon, Jennifer. "Best Interests of the Child in Protection Hearings: A Move Away From Parental Rights?" (1980), 14 *R.F.L.* (2d) 119.

McCall, M. L. "An Analysis of Responsibilities in Child Welfare Systems" (1990), 8 *Can. J. Fam. L.* 345.

Wilkins, H. D. *Status Review Applications*. Canadian Bar Association (Ontario), Continuing Legal Education Program on *The Child and Family Services Act*. March 22, 1986.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal from a judgment of Macdonald J. dismissing an appeal from an order of Bean Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Ian R. Mang and T. Michele O'Connor, for the appellant.

Marvin M. Bernstein and Allan S. Maclure, for the respondent Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Elaine Freedman, Q.C., and *Catherine Bellinger*, for the respondent the Official Guardian.

Lois et règlements cités

Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 43(8).

Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 49(5).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 62(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31].

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 1a), b), c), d), 37(2)f), g), (3), 57(1), (3), (9), 58(1)a), b), 59(2)a), b), c), d), 65(1)a), b), c), (3)a), b), c), d), e), f), g), 69(6), 70(1), (3)a), b).

Rules of the Provincial Court (Family Division), R.R.O. 1980, Reg. 810, art. 70.

Doctrines citées

Barnhorst, Richard F. «Child Protection Legislation: Recent Canadian Reform», in Barbara Landau, ed., *Children's Rights in the Practice of Family Law*, p. 255. Toronto: Carswell, 1986.

Coleman, Phyllis. «A Proposal for Terminating Parental Rights: 'Spare the Parent, Spoil the Child'» (1993), 7 *Am. J. Fam. L.* 123.

Dreidger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

MacKinnon, Jennifer. «Best Interests of the Child in Protection Hearings: A Move Away From Parental Rights?» (1980), 14 *R.F.L.* (2d) 119.

McCall, M. L. «An Analysis of Responsibilities in Child Welfare Systems» (1990), 8 *Can. J. Fam. L.* 345.

Wilkins, H. D. *Status Review Applications*. Canadian Bar Association (Ontario), Continuing Legal Education Program on *The Child and Family Services Act*. March 22, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Macdonald, qui avait rejeté un appel d'une ordonnance du juge Bean de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Ian R. Mang et T. Michele O'Connor, pour l'appelante.

Marvin M. Bernstein et Allan S. Maclure, pour l'intimée la Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Elaine Freedman, c.r., et *Catherine Bellinger*, pour l'intimé le tuteur public.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal arises from a dispute between the Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto ("respondent society") and the mother, C.M., of a young child, S.M., now 7½ years old, as to the need for protection and adoption of the child, and involves the interpretation of the Ontario *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11 (*CFSA* or Act) provisions regarding status review hearings. The interaction between the best interests of the child and the many other considerations referred to in the Act with respect to status review applications is at the heart of the present appeal.

Facts

The appellant mother, C.M., came to Canada from Portugal, in 1979, at the age of twenty. She worked in a restaurant and a hotel until 1984, when she had a child whom she subsequently gave up for adoption. Soon thereafter, she went back to Portugal for a two-year period, returning to Canada in December 1985. Upon her return, she worked in a chicken factory until the birth of her daughter, S.M., on September 28, 1986. A year later, the father of the child was forced to leave the country because of immigration difficulties.

The appellant's first contact with the respondent society was on October 24, 1986, when S.M. was one month old. Four months later, on February 27, 1987, S.M. was taken into protection by the respondent society on the basis of information that the appellant had a history of leaving her daughter alone, did not adequately care for the child, had physically abused the child and had threatened to kill her. The child was left in the care of C.M., subject to an order for supervision. It seems, however, that during this supervisory period there was very little improvement in the manner in which C.M. cared for her young daughter and, consequently, on June 15, 1987, S.M. was apprehended and, three days later, placed in the care of the soci-

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi découle d'un conflit entre la Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (la «société intimée») et la mère, C.M., d'une jeune enfant, S.M., maintenant âgée de sept ans et demi en ce qui a trait à son besoin de protection et à son adoption. Il implique l'interprétation des dispositions relatives aux instances en révision du statut de l'enfant prévues à la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.11 (la Loi). L'interaction entre le facteur du meilleur intérêt de l'enfant et les nombreuses autres considérations mentionnées dans les dispositions de la Loi applicables aux requêtes en révision du statut de l'enfant, est au cœur du présent pourvoi.

Les faits

La mère appelante, C.M., originaire du Portugal, est arrivée au Canada en 1979, à l'âge de vingt ans. Elle a travaillé dans un restaurant et un hôtel jusqu'à ce que, en 1984, elle ait un enfant qu'elle a placé pour adoption. Peu après, elle est retournée pour un séjour de deux ans au Portugal et est revenue au Canada en décembre 1985. À son retour, elle a travaillé dans une usine de conditionnement de poulets jusqu'à la naissance de sa fille, S.M., le 28 septembre 1986. Un an plus tard, le père de l'enfant a dû quitter le Canada à cause de problèmes d'immigration.

L'appelante a eu un premier contact avec la société intimée le 24 octobre 1986, alors que S.M. était âgée d'un mois. Quatre mois plus tard, le 27 février 1987, S.M. a été placée sous la protection de la société intimée, qui avait été informée que l'appelante avait l'habitude de laisser sa fille seule, qu'elle ne s'en occupait pas convenablement, qu'elle l'avait agressée physiquement et qu'elle avait menacé de la tuer. L'enfant a cependant été laissée sous la garde de C.M., sous réserve d'une ordonnance de surveillance. Toutefois, il semble y avoir eu, au cours de la période de surveillance, très peu d'amélioration apportée à la qualité des soins prodigués par C.M. à sa jeune enfant et, par conséquent, le 15 juin 1987, S.M. a été appréhen-

ety. Following this, on October 22, 1987, S.M. was found to be in need of protection and made a ward of the respondent society for two months. Upon expiration of the order, S.M. was returned to her mother's care for a six-month period, once again under the supervision of the respondent society. During this period, despite the efforts of the society to assist C.M. in learning to care properly for her young daughter, difficulties continued and, although C.M. accepted the assistance of the respondent society's social workers and psychologists, improvements continued to be minimal. According to the evidence adduced at trial, C.M. did not have a good understanding of her daughter's needs and abilities and, as a result, her parenting skills remained weak and the bond between mother and child failed to unfold properly. In December 1987, the respondent society, once again, applied to have S.M. returned to its care and custody and such order was granted. The child remained in the care of the respondent society until March 19, 1988 when, following an order that the child be returned to her mother, another attempt was made at reintegrating the child into her natural home under a supervision order. Throughout this time, as they had in the past, the respondent society and C.M. cooperated to better the appellant's parenting skills in order that she could meet her daughter's physical, psychological and emotional needs. However, despite the efforts made, the appellant's capabilities did not improve and she often had difficulty understanding the need for the continued services and treatment of the respondent society. As a consequence of the limited success of such assistance, the supervision order was terminated on October 6, 1988 pursuant to an agreement whereby the respondent society and the appellant would continue to work together voluntarily.

On February 22, 1989, S.M. was again apprehended and taken into protection by the respondent society. The incident which precipitated the protective measure involved C.M.'s entering a bank

dée et, trois jours plus tard, confiée à la société intimée. Par la suite, le 22 octobre 1987, il a été jugé que S.M. avait besoin de protection; elle a alors été confiée, en qualité de pupille, aux soins de la société intimée pendant deux mois. À l'expiration de l'ordonnance, S.M. a été rendue à sa mère pour une période de six mois, de nouveau sous la surveillance de la société intimée. Au cours de cette période, malgré les efforts de la société pour l'aider à apprendre à s'occuper convenablement de sa jeune enfant, C.M. a continué à avoir des difficultés à le faire et, bien qu'elle ait accepté l'aide des travailleurs sociaux et des psychologues de la société intimée, elle ne s'est pas améliorée. Selon la preuve déposée au procès, C.M. ne saisissait pas adéquatement les besoins et les aptitudes de sa fille et, par conséquent, sa capacité de s'acquitter de ses responsabilités de mère est demeurée faible et les liens entre la mère et l'enfant ne se sont pas développés comme ils l'auraient dû. En décembre 1987, la société intimée a de nouveau demandé et obtenu une ordonnance pour que S.M. lui soit confiée. L'enfant est demeurée sous la garde de la société intimée jusqu'au 19 mars 1988 alors que, à la suite d'une ordonnance à l'effet que l'enfant soit rendue à sa mère, on a de nouveau tenté de réintégrer l'enfant dans son foyer naturel, avec ordonnance de surveillance. La société intimée et C.M. ont alors coopéré, comme elles l'avaient fait dans le passé, en vue d'améliorer la capacité de l'appelante en tant que mère pour qu'elle apprenne à satisfaire aux besoins physiques, psychologiques et affectifs de sa fille. Toutefois, en dépit des efforts déployés, la capacité de l'appelante à ce niveau ne s'est pas améliorée et elle avait souvent de la difficulté à comprendre la nécessité des services et de l'aide que lui apportait la société intimée. Vu le succès limité de l'assistance offerte, l'ordonnance de surveillance a pris fin le 6 octobre 1988 conformément à une entente en vertu de laquelle la société intimée et l'appelante continueraient de collaborer sur une base volontaire.

Le 22 février 1989, S.M. a de nouveau été appréhendée et placée sous la protection de la société intimée. Cette décision a été prise après que C.M. fut entrée dans une banque avec sa fille

with her daughter (who was crying and found in need of care) and screaming that someone was trying to kill her. As a result, C.M. was hospitalized and S.M. was taken into care by the respondent society and made a ward for four months on consent. S.M. has been in the care of the respondent society since that time. Throughout this wardship, the respondent society continued to work with C.M. and facilitated regular visits with S.M. Nonetheless, the bonding, the development of an interactive relationship and the attachment between S.M. and her mother remained minimal. On August 17, 1989, the child was made a ward of the respondent society for another period of four months. On December 14, 1989, the respondent society brought a status review application seeking an order of Crown wardship, without access for the purposes of adoption. The appellant having opposed the motion, the matter went to trial before the Ontario Court Provincial Division, on January 7, 1991 and continued sporadically throughout 1991, for a total of nine days, with the last day of evidence being heard December 2, 1991. On February 17, 1992, Bean Prov. Ct. J. made an order, pursuant to s. 57(9) of the *Child and Family Services Act*, that the child be returned to the appellant on the basis that court intervention was no longer necessary to protect S.M. in the future. He was of the view that C.M. was capable of acquiring the skill to care for her daughter adequately. The respondent society obtained a stay of the order and appealed to the General Division. The hearing on appeal lasted 9 days from May 19, 1992. On December 14, 1992, Macdonald J. delivered written reasons dismissing the appeal, which the respondent society appealed. A stay of the order for return pending appeal was obtained. After granting a motion for the introduction of fresh evidence, the Court of Appeal allowed the appeal and set aside the order for the return of the child to the mother. On May 4, 1993, the Court of Appeal ordered that the child be made a Crown ward, without access for the purposes of adoption. It is this judgment which the appellant mother, C.M., presently appeals before our Court.

(qui pleurait et avait manifestement besoin de soins) en criant que quelqu'un voulait la tuer. C.M. a été hospitalisée et S.M. a été confiée à la société intimée et, sur consentement, en est devenue la pupille pendant quatre mois. S.M. est depuis confiée aux soins de la société intimée. Tout au long de la période de tutelle, la société intimée a continué de travailler avec C.M. et de lui faciliter des visites périodiques avec S.M. Néanmoins, le lien, c'est-à-dire l'établissement d'une relation entre l'enfant et sa mère et l'attachement entre elles, a continué d'être minime. Le 17 août 1989, l'enfant est devenue pupille de la société intimée pour une autre période de quatre mois. Le 14 décembre 1989, la société intimée a présenté une requête en révision du statut de l'enfant requérant une ordonnance de «pupille de la Couronne», sans droit de visite, pour fins d'adoption. L'appelante s'étant opposée à la requête, l'affaire a été entendue par la Cour de l'Ontario (Division provinciale); le procès a commencé le 7 janvier 1991 et s'est poursuivi sporadiquement pendant l'année 1991 pour un total de neuf jours d'audience, les derniers témoignages ayant été entendus le 2 décembre 1991. Le 17 février 1992, le juge Bean a rendu, conformément au par. 57(9) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, une ordonnance pour que l'enfant soit rendue à l'appelante au motif que l'intervention du tribunal n'était plus nécessaire pour protéger S.M. à l'avenir. À son avis, C.M. était en mesure d'acquérir la capacité de s'occuper convenablement de sa fille. La société intimée a obtenu un sursis d'exécution de l'ordonnance et a interjeté appel devant la Division générale. L'audition de l'appel a commencé le 19 mai 1992 et a duré neuf jours. Le 14 décembre 1992, le juge Macdonald a rendu des motifs écrits rejetant l'appel; la société intimée a porté ce jugement en appel. Un sursis d'exécution de l'ordonnance visant à rendre l'enfant à sa mère a été obtenu. Après avoir fait droit à une requête pour le dépôt d'une nouvelle preuve, la Cour d'appel a accueilli l'appel et annulé l'ordonnance visant à rendre l'enfant à sa mère. Le 4 mai 1993, la Cour d'appel a ordonné que l'enfant devienne une pupille de la Couronne, sans droit de visite, pour fins d'adoption. C'est contre ce jugement que la mère appelante, C.M., se pourvoit devant nous.

Relevant Statutory Provisions

The Ontario *Child and Family Services Act* governs matters of child protection in Ontario. It provides for a status review of protection orders, the focus of this appeal. A proper starting point, therefore, is to reproduce those provisions of the Act which are most relevant to such a review:

1. The purposes of this Act are,

- (a) as a paramount objective, to promote the best interests, protection and well-being of children;
- (b) to recognize that while parents often need help in caring for their children, that help should give support to the autonomy and integrity of the family unit and, wherever possible, be provided on the basis of mutual consent;
- (c) to recognize that the least restrictive or disruptive course of action that is available and is appropriate in a particular case to help a child or family should be followed;
- (d) to recognize that children's services should be provided in a manner that,
 - (i) respects children's needs for continuity of care and for stable family relationships, ...

37. ...

- (2) A child is in need of protection, where,

. . . .

- (f) the child has suffered emotional harm, demonstrated by severe,
 - (i) anxiety,
 - (ii) depression,
 - (iii) withdrawal, or
 - (iv) self-destructive or aggressive behaviour,

and the child's parent or the person having charge of the child does not provide, or refuses or is unavailable or unable to consent to, services or treatment to remedy or alleviate the harm;

Les dispositions législatives pertinentes

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* régit les questions de protection de l'enfance en Ontario. Elle prévoit la révision du statut de l'enfant qui fait l'objet d'une ordonnance de protection: c'est ce sur quoi porte le présent pourvoi. En conséquence, il convient d'en reproduire les dispositions les plus pertinentes à cette fin:

1 Les objectifs de la présente loi sont les suivants :

- a) comme objectif principal, promouvoir l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être;
- b) reconnaître que même si les parents ont souvent besoin d'aide lorsqu'ils s'occupent de leurs enfants, cette aide devrait favoriser l'autonomie et l'intégrité de la cellule familiale et, dans la mesure du possible, être accordée en fonction d'un consentement mutuel;
- c) accorder la préférence au plan d'action le moins limitatif ou perturbateur qui est disponible et qui convient dans un cas particulier pour aider un enfant ou une famille;
- d) reconnaître que les services à l'enfance devraient être fournis d'une façon qui tient compte :
 - (i) des besoins des enfants en ce qui concerne la continuité de soins et des rapports familiaux stables, ...

37. ...

- (2) Est un enfant ayant besoin de protection :

. . . .

- f) l'enfant qui a subi des maux affectifs qui se traduisent par, selon le cas :
 - (i) un sentiment profond d'anxiété,
 - (ii) un état dépressif grave,
 - (iii) un fort repliement sur soi,
 - (iv) un comportement autodestructeur ou agressif,

si son père ou sa mère ou la personne qui en est responsable ne fournit pas des services ou un traitement afin de remédier à ces maux ou de les soulager, refuse ou n'est pas en mesure de donner son consentement à ce traitement ou ces services, ou n'est pas disponible pour ce faire;

(g) there is a substantial risk that the child will suffer emotional harm of the kind described in clause (f), and the child's parent or the person having charge of the child does not provide, or refuses or is unavailable or unable to consent to, services or treatment to prevent the harm; *a*

g) l'enfant qui risque vraisemblablement de subir les maux affectifs décrits à l'alinéa f), si son père ou sa mère ou la personne qui en est responsable ne fournit pas des services ou un traitement afin de prévenir ces maux, refuse ou n'est pas en mesure de donner son consentement à ce traitement ou ces services, ou n'est pas disponible pour ce faire;

(3) Where a person is directed in this Part to make an order or determination in the best interests of a child, the person shall take into consideration those of the following circumstances of the case that he or she considers relevant:

(3) La personne tenue, en application de la présente partie, de rendre une ordonnance ou de prendre une décision dans l'intérêt véritable de l'enfant, étudie les circonstances suivantes qu'elle juge pertinentes:

1. The child's physical, mental and emotional needs, and the appropriate care or treatment to meet those needs. *c*

1. Les besoins physiques, mentaux et affectifs de l'enfant et les soins ou le traitement qui conviennent pour répondre à ces besoins.

2. The child's physical, mental and emotional level of development. *d*

2. Le niveau de développement physique, mental et affectif de l'enfant.

5. The importance for the child's development of a positive relationship with a parent and a secure place as a member of a family. *e*

5. L'importance, en ce qui concerne le développement de l'enfant, d'une relation positive avec son père ou sa mère et d'une place sûre en tant que membre d'une famille.

6. The child's relationships by blood or through an adoption order.

6. Les liens de parenté de l'enfant, par le sang ou en vertu d'une ordonnance d'adoption.

7. The importance of continuity in the child's care and the possible effect on the child of disruption of that continuity. *f*

7. L'importance de la continuité en ce qui concerne les soins à fournir à l'enfant, et les conséquences que peut avoir sur lui une interruption.

9. The child's views and wishes, if they can be reasonably ascertained. *g*

9. Le point de vue et les désirs de l'enfant si ceux-ci peuvent être raisonnablement déterminés.

10. The effects on the child of delay in the disposition of the case.

10. Les conséquences sur l'enfant de tout retard relativement à la solution du cas.

11. The risk that the child may suffer harm through being removed from, kept away from, returned to or allowed to remain in the care of a parent. *h*

11. Le danger que l'enfant subisse un préjudice s'il ne vit plus avec son père ou sa mère, s'il est tenu éloigné de lui ou d'elle, s'il retourne vivre avec lui ou avec elle, ou s'il continue de vivre avec lui ou avec elle.

12. The degree of risk, if any, that justified the finding that the child is in need of protection. *i*

12. Le degré de risque, s'il en est, qui a justifié la constatation selon laquelle l'enfant a besoin de protection.

13. Any other relevant circumstance.

13. D'autres circonstances pertinentes.

57. — (1) Where the court finds that a child is in need of protection and is satisfied that intervention through a court order is necessary to protect the child in the future, *j*

57 (1) Si le tribunal constate qu'un enfant a besoin de protection et qu'il est convaincu qu'une ordonnance est nécessaire afin de protéger l'enfant à l'avenir, il

the court shall make one of the following orders, in the child's best interests:

1. . . . [Supervision order]
2. . . . [Society wardship]
3. . . . [Crown wardship]
4. . . . [Consecutive orders of society wardship and supervision]

. . . .

(3) The court shall not make an order removing the child from the care of the person who had charge of him or her immediately before intervention under this Part unless the court is satisfied the less restrictive alternatives, including non-residential services and the assistance referred to in subsection (2),

- (a) have been attempted and have failed;
- (b) have been refused by the person having charge of the child; or
- (c) would be inadequate to protect the child.

. . . .

(9) Where the court finds that a child is in need of protection but is not satisfied that a court order is necessary to protect the child in the future, the court shall order that the child remain with or be returned to the person who had charge of the child immediately before intervention under this Part.

58. — (1) The court may, in the child's best interests,

- (a) when making an order under this Part; or
- (b) upon an application under subsection (2),

make, vary or terminate an order respecting a person's access to the child or the child's access to a person, and may impose such terms and conditions on the order as the court considers appropriate.

59. — . . .

(2) Where a child is made a Crown ward under paragraph 3 of subsection 57 (1), the court shall not make an order for access by the person who had charge of the

ordonne, dans l'intérêt véritable de l'enfant, selon le cas:

1. [. . .] [Ordonnance portant sur la surveillance]
2. [. . .] [Pupille de la société]
3. [. . .] [Pupille de la Couronne]
4. [. . .] [Ordonnances consécutives]

. . . .

(3) Le tribunal ne rend une ordonnance portant sur le retrait de l'enfant de la personne qui en était responsable immédiatement avant l'intervention en vertu de la présente partie qu'après être convaincu que des mesures moins restrictives, y compris des services qui ne sont pas fournis en établissement et l'aide visée au paragraphe (2) :

- a) soit ont fait l'objet d'essais et ont échoué;
- b) soit ont été refusées par la personne qui est responsable de l'enfant;
- c) soit seraient insuffisantes pour assurer la protection de l'enfant.

. . . .

(9) Si le tribunal constate que l'enfant a besoin de protection, mais n'est pas convaincu qu'une ordonnance soit nécessaire pour protéger l'enfant à l'avenir, il ordonne que l'enfant demeure chez la personne qui en était responsable immédiatement avant l'intervention en vertu de la présente partie ou lui soit rendu.

58 (1) Le tribunal peut, dans l'intérêt véritable de l'enfant :

- a) soit lorsqu'il rend une ordonnance aux termes de la présente partie;
- b) soit à la suite de la requête visée au paragraphe (2),

rendre, modifier ou révoquer l'ordonnance qui porte sur le droit de visite d'une personne à l'enfant, ou réciproquement. Il peut assortir l'ordonnance des conditions qu'il estime opportunes.

59 . . .

(2) Si l'enfant devient pupille de la Couronne aux termes de la disposition 3 du paragraphe 57 (1), le tribunal ne doit rendre l'ordonnance accordant un droit de

child immediately before intervention under this Part unless the court is satisfied that,

- (a) permanent placement in a family setting has not been planned or is not possible, and the person's access will not impair the child's future opportunities for such placement; *a*
- (b) the child is at least twelve years of age and wishes to maintain contact with the person; *b*
- (c) the child has been or will be placed with a person who does not wish to adopt the child; or
- (d) some other special circumstance justifies making an order for access. *c*

65. — (1) Where an application for review of a child's status is made under section 64, the court may, in the child's best interests,

- (a) vary or terminate the original order made under subsection 57 (1), including a term or condition or a provision for access that is part of the order; *d*
- (b) order that the original order terminate on a specified future date; or *e*
- (c) make a further order or orders under section 57. *f*

. . . .

(3) Before making an order under subsection (1), the court shall consider,

- (a) whether the grounds on which the original order was made still exist; *g*
- (b) whether the plan for the child's care that the court applied in its decision is being carried out; *h*
- (c) what services have been provided or offered under this Act to the person who had charge of the child immediately before intervention under this Part; *i*
- (d) whether the person is satisfied with those services;
- (e) whether the society is satisfied that the person has co-operated with the society and with any person or agency providing services; *j*

visite à la personne responsable de l'enfant immédiatement avant l'intervention en vertu de la présente partie que dans l'une des circonstances suivantes :

- a) le placement permanent dans un milieu familial n'a pas été prévu ou n'est pas possible et le droit de visite de cette personne ne compromettra pas les possibilités futures de ce placement;
- b) l'enfant est âgé d'au moins douze ans et désire rester en rapport avec cette personne;
- c) l'enfant a été ou sera placé chez une personne qui ne désire pas l'adopter;
- d) une autre circonstance particulière justifie cette ordonnance.

65 (1) Si une requête est présentée aux termes de l'article 64 en vue de faire réviser le statut de l'enfant, le tribunal peut, dans l'intérêt véritable de l'enfant :

- a) modifier ou révoquer l'ordonnance originale rendue aux termes du paragraphe 57 (1), y compris une condition ou une disposition relative au droit de visite et faisant partie de l'ordonnance;
- b) ordonner la révocation de l'ordonnance originale à une date ultérieure précise;
- c) rendre une ou plusieurs ordonnances supplémentaires aux termes de l'article 57.

. . . .

(3) Avant de rendre l'ordonnance visée au paragraphe (1), le tribunal examine :

- a) si les motifs sur lesquels était fondée l'ordonnance originale existent toujours;
- b) si le programme de soins à fournir à l'enfant et figurant dans la décision du tribunal est mis en application;
- c) quels services ont été fournis ou offerts aux termes de la présente loi à la personne responsable de l'enfant immédiatement avant l'intervention en vertu de la présente partie;
- d) si la personne est satisfaite de ces services;
- e) si la société est convaincue que cette personne a collaboré avec elle et avec les personnes ou les agences qui fournissent les services;

(f) whether the person or the child requires further services;

(g) whether, where immediate termination of an order had been applied for but is not appropriate, a future date for termination of the order can be estimated; . . .

70. — (1) Subject to subsection (3), the court shall not make an order under this Part that results in a child being a society ward for a continuous period exceeding twenty-four months.

. . .

(3) Where the twenty-four month period referred to in subsection (1) expires and,

(a) an appeal of an order made under subsection 57 (1) has been commenced and is not yet finally disposed of; or

(b) the court has adjourned a hearing under section 65 (status review),

the period shall be deemed to be extended until the appeal has been finally disposed of and any new hearing ordered on appeal has been completed or an order has been made under section 65, as the case may be.

Judgments

Ontario Court Provincial Division (Bean Prov. Ct. J., February 17, 1992)

Rendering judgment on a motion brought by the respondent society on December 14, 1989, seeking an order for Crown wardship of S.M., Bean Prov. Ct. J. examined his role in such a status review application. He concluded that he had to satisfy himself that intervention through a court order was still necessary to protect the child in the future and if so, to proceed to make a further order under s. 57. According to him, the concept of protection must be viewed separately from that of the best interests and well-being of the child. In this light, he evaluated the circumstances of the parties. Although he was aware of the attachment between S.M. and her foster parents, he focused on the

f) si cette personne ou l'enfant a besoin d'autres services;

g) lorsque la révocation immédiate d'une ordonnance a été demandée par voie de requête mais n'est pas opportune, s'il est possible de prévoir une date ultérieure pour la révocation; . . .

70 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le tribunal ne doit pas rendre, en vertu de la présente partie, d'ordonnance dont l'effet est de rendre l'enfant pupille d'une société pendant une période suivie supérieure à vingt-quatre mois.

. . .

(3) Si la période de vingt-quatre mois visée au paragraphe (1) prend fin et que l'un des événements suivants se réalise :

a) un appel de l'ordonnance visée au paragraphe 57 (1) a été interjeté et n'est pas encore réglé;

b) le tribunal a ajourné l'audience prévue à l'article 65 (révision du statut de l'enfant),

cette période est réputée prolongée jusqu'au règlement définitif de l'appel et jusqu'à ce qu'une nouvelle audience ordonnée lors de l'appel prenne fin ou jusqu'à ce qu'une ordonnance soit rendue aux termes de l'article 65, selon le cas.

Les jugements

La Cour de l'Ontario (Division provinciale) (le juge Bean, le 17 février 1992)

Rendant jugement sur la requête de la société intimée, datée du 14 décembre 1989, aux fins d'une ordonnance faisant de S.M. une pupille de la Couronne, le juge Bean a examiné son rôle en matière de révision du statut de l'enfant. Il a conclu qu'il devait être convaincu qu'une ordonnance était encore nécessaire afin de protéger l'enfant à l'avenir et, dans l'affirmative, rendre une ordonnance additionnelle en vertu de l'art. 57. À son avis, le concept de protection doit être examiné séparément de celui de l'intérêt véritable et du bien-être de l'enfant. C'est dans ce cadre qu'il a alors procédé à l'évaluation de la situation des parties. Même s'il était au courant de l'attachement

appellant's psychiatric history as regards the possibility of future harm to S.M. and concluded:

Even if there is some slight risk of a psychotic episode in the future, I am not satisfied that intervention through a court order is necessary to protect the child. The mother's plan is to return with her child to live with her family in Portugal. Surely the child will be adequately protected by the relatives with whom she will live and by the help that they and the Social Services in Portugal can provide. Drs. De Lucas and Allodi were of that opinion, which I accept.

I am satisfied that there is no physical harm or danger which necessitates intervention through a court order but is there any other harm or danger? I am not concerned with the "best interests" or "well-being" of the child, nor am I concerned with injury or danger against which the child can be protected without the necessity of a court order. [Emphasis added.]

As a consequence, Bean Prov. Ct. J. held that he was required to make an order under s. 53(9), now s. 57(9), for the return of the child to C.M. In Appendixes A, B, and C to his reasons, Bean Prov. Ct. J. expanded on the conclusions he had reached. In Appendix A, Bean Prov. Ct. J. examined the effect of s. 61(3), now s. 65(3), of the Act on status review proceedings. In his view, the seven factors set out in s. 61(3), now s. 65(3), govern such determination:

... in my opinion, when determining "best interests" for the purpose of section 61(1) (now section 65(1)), the court must consider whether those "grounds" still exist. What are those "grounds"? In my opinion, the grounds upon which an original order is made under section 53 (now section 57) are, first, the condition or situation on the basis of which the child was found to be in need of protection, second, the relevant facts found by the court which satisfied the court that intervention through a court order was necessary to protect the child in the future and, third, the relevant facts upon which the court determined that the original order was in the child's best interests.

It seems to me then, that viewed broadly subsection 61(3) (now subsection 65(3)) is an attempt by the legis-

que S.M. avait pour son foyer d'accueil, il a mis l'accent sur le dossier psychiatrique de l'appelante au regard de la possibilité de préjudice que pourrait subir S.M. dans l'avenir. Il est arrivé à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Même s'il existe un faible risque de troubles psychotiques dans l'avenir, je ne suis pas convaincu qu'une ordonnance judiciaire soit nécessaire pour protéger l'enfant. La mère envisage de retourner avec son enfant vivre dans sa famille au Portugal. L'enfant sera certainement suffisamment protégée par les parents avec qui elle vivra et par l'aide que ceux-ci et les services sociaux du Portugal pourront offrir. C'est l'opinion des D^{rs} De Lucas et Allodi et j'y souscris.

Je suis convaincu qu'il n'existe pas de préjudice ou de danger physique qui nécessite une ordonnance du tribunal, mais y a-t-il d'autre préjudice ou danger? L'«intérêt véritable» et le «bien-être» de l'enfant ne sont pas pertinents ni d'ailleurs le préjudice ou le danger contre lequel l'enfant peut être protégée sans ordonnance du tribunal. [Je souligne.]

En conséquence, le juge Bean a conclu qu'il devait rendre une ordonnance en vertu du par. 53(9), maintenant le par. 57(9), pour que l'enfant soit rendue à C.M. Dans les annexes A, B et C de ses motifs, il a développé ses conclusions. À l'annexe A, il a examiné l'incidence sur les instances en révision du statut de l'enfant du par. 61(3), maintenant le par. 65(3), de la Loi. À son avis, la décision repose sur les sept facteurs énumérés dans cette disposition:

[TRADUCTION] ... à mon avis, pour déterminer «l'intérêt véritable» aux fins de l'application du par. 61(1) (maintenant le par. 65(1)), le tribunal doit examiner si ces «motifs» existent toujours. Quels sont-ils? À mon avis, les motifs sur lesquels est fondée l'ordonnance originale en vertu de l'art. 53 (maintenant l'art. 57) sont les suivants: premièrement, la condition ou la situation à partir de laquelle il a été établi que l'enfant avait besoin de protection; deuxièmement, les faits pertinents qui ont convaincu le tribunal qu'une ordonnance était nécessaire afin de protéger l'enfant à l'avenir; troisièmement, les faits pertinents à partir desquels le tribunal a conclu que l'ordonnance originale était dans l'intérêt véritable de l'enfant.

Il me semble que le par. 61(3) (maintenant le par. 65(3)), interprété de façon libérale, constitue une tenta-

lature to cause the court to regard the order proposed on the status review proceedings in the light of all of the purposes of the Act, which do not only include acting in the child's best interests. [Italics in original; emphasis by underlining added.]

In Appendix B, Bean Prov. Ct. J. determined that, although the initial finding as to whether a child was in need of protection pursuant to s. 57(1) did not need to be reconsidered at the stage of status review hearing, the court must, however, examine whether an order is necessary to protect the child in the future before any consideration of the best interests of the child could be undertaken. Finally, in Appendix C, Bean Prov. Ct. J. resolved that where a prior order had been made on consent and the parties had agreed to a statement of facts pursuant to s. 70 of the *Rules of the Provincial Court (Family Division)*, R.R.O. 1980, Reg. 810, the parties were contractually bound by those facts in future proceedings. Thus, additional evidence could not be tendered by the parties at the status review hearing. In the result, Bean Prov. Ct. J. dismissed the respondent society's status review application.

Ontario Court (General Division) (Macdonald J., December 14, 1992)

Macdonald J. set out the following six questions she had to answer on an appeal from a status review application:

#1) Should the Appellate Court Overturn the Trial Judge's Findings of Fact in these Circumstances?

#2) What are the Appropriate Criteria to be Applied on a Status Review Application pursuant to section 64 of the *Child and Family Services Act*? Is it Necessary to Make a Finding as to the Child's Best Interests? If so, What are the Best Interests of the Child in the Circumstances of this Case?

#3) Is the Secondary Finding in s. 57(1) of the *CFSA* Applicable to Status Review Proceedings?

tive par le législateur de faire examiner par le tribunal l'ordonnance proposée lors de l'instance en révision du statut de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des objectifs de la Loi, qui n'incluent pas seulement la nécessité d'agir dans l'intérêt véritable de l'enfant. [En italique dans l'original; je souligne.]

À l'annexe B, le juge Bean a déterminé que, s'il n'est pas nécessaire, au cours de l'instance en révision du statut de l'enfant, de réexaminer la conclusion originale quant au besoin de protection de l'enfant conformément au par. 57(1), le tribunal doit, toutefois, examiner si une ordonnance est nécessaire afin de protéger l'enfant à l'avenir avant de procéder à un examen de son intérêt véritable. Enfin, à l'annexe C, le juge Bean a précisé que, lorsqu'une ordonnance antérieure a été rendue sur consentement et que les parties ont fait un exposé conjoint des faits conformément à l'art. 70 des *Rules of the Provincial Court (Family Division)*, R.R.O. 1980, Reg. 810, les parties sont contractuellement liées par ces faits dans toute procédure future. Les parties ne pouvaient donc produire de preuve supplémentaire dans une instance en révision du statut de l'enfant. En conséquence, le juge Bean a rejeté la requête en révision du statut de l'enfant présentée par la société intimée.

La Cour de l'Ontario (Division générale) (le juge Macdonald, le 14 décembre 1992)

Pour trancher un appel relatif à une requête en révision du statut de l'enfant, le juge Macdonald a précisé qu'il lui fallait répondre aux six questions suivantes:

[TRADUCTION] 1) Dans les circonstances, la Cour d'appel devrait-elle infirmer les conclusions de fait du juge de première instance?

2) Quels sont les critères applicables à une requête en révision du statut de l'enfant conformément à l'art. 64 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*? Est-il nécessaire de rendre une décision quant à l'intérêt véritable de l'enfant? Dans l'affirmative, quel est l'intérêt véritable de l'enfant dans les circonstances de l'espèce?

3) Est-ce que la conclusion secondaire dont il est question au par. 57(1) de la *Loi* s'applique aux procédures en révision du statut de l'enfant?

#4) Does the Principle of Res Judicata or the Issue of Estoppel Apply to Agreed Statements of Fact Tendered in Previous Proceedings Involving the Same Parties?

#5) The Application and Impact of Section 70 of the *CFSA* to Proceedings Under the *Act*.

#6) The Role of Counsel In Child Protection Proceedings.

With regard to the first issue, Macdonald J. held that she had “no difficulty concluding that an Appellate Court has jurisdiction to overturn the findings of fact of a Trial Judge and make a substituted order”. According to the test set out in *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, however, such intervention and exercise of discretion is only possible where the trial judge has made a “palpable and overriding error”. After reviewing the trial judge’s findings of fact, she concluded:

Applying the test enunciated by the Supreme Court of Canada, there is nothing in the evidence before me which would indicate that Judge Bean made a “palpable or overriding error” which affected his assessment of the facts. Accordingly, I am not prepared to overturn the findings of fact of His Honour Judge Bean in these circumstances.

However, Macdonald J. found in the court’s broad *parens patriae* jurisdiction authority to review the evidence to safeguard the interests of children. As a consequence, she determined that, based on the evidence, the appellant was “fit to parent her child regardless of whether or not she returns to Portugal”.

With regard to the second issue, Macdonald J. discussed the appropriate criteria to be applied on a status review application pursuant to s. 65 of the *Act*. In so doing, she examined the various provisions of the *CFSA* which relate to this inquiry. It was her view that s. 65 incorporates the various dispositions under s. 57(1) and that, in making an order under s. 65(1), the court must consider s.

4) Est-ce que le principe de la chose jugée ou la question de la fin de non-recevoir s’applique à un exposé conjoint des faits déposé dans des procédures antérieures opposant les mêmes parties?

5) Quels sont l’application et l’incidence de l’art. 70 de la *Loi* dans le cas de procédures prises en vertu de la *Loi*?

6) Quel est le rôle des avocats dans les affaires de protection de l’enfance?

En ce qui concerne la première question, le juge Macdonald a affirmé qu’elle n’avait [TRADUCTION] «aucune difficulté à conclure qu’une cour d’appel a la compétence requise pour écarter les conclusions de fait d’un juge de première instance et rendre une nouvelle ordonnance». Cependant, selon le test formulé dans l’arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge de première instance doit avoir commis une «erreur manifeste et dominante» pour justifier l’intervention et l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’une cour d’appel. Après avoir examiné les conclusions de fait du juge de première instance, le juge Macdonald a conclu:

[TRADUCTION] Les éléments de preuve devant moi n’indiquent aucunement que le juge Bean a, comme l’exige le test formulé par la Cour suprême du Canada, commis «une erreur manifeste et dominante» qui a faussé son appréciation des faits. Par conséquent, je ne suis pas disposée à écarter ses conclusions de fait dans les circonstances.

Toutefois, le juge Macdonald a jugé que la large compétence *parens patriae* de la cour lui permettait de réexaminer la preuve sous l’angle de la protection de l’intérêt de l’enfant. En conséquence, elle a décidé que, selon la preuve, l’appelante était [TRADUCTION] «capable d’assumer ses responsabilités de mère à l’égard de son enfant, qu’elle retourne ou non au Portugal».

Pour ce qui est de la deuxième question, le juge Macdonald a analysé les critères applicables à une requête en révision du statut de l’enfant conformément à l’art. 65 de la *Loi*. Ce faisant, elle a examiné les dispositions pertinentes de la *Loi*. À son avis, l’art. 65 incorpore les diverses décisions prévues au par. 57(1) et le tribunal doit tenir compte du par. 65(3) lorsqu’il rend une ordonnance en

65(3). She, then, looked at s. 37(3) and commented that, pursuant to s. 37(3)(13), the considerations with regard to the best interests of children were "not exhaustive". With regard to the reasons of Bean Prov. Ct. J., she held that the trial judge's view that the best interests of the child were irrelevant on a status review hearing was "totally irreconcilable" with the purpose of the Act and that the trial judge had erred in not reflecting upon S.M.'s best interests. In light of the trial judge's error, Macdonald J. felt that, in a child protection appeal, a substituted order should be made rather than ordering a new trial and, as a consequence, she dealt with the best interests of the child. She weighed the effect of the psychological bonding between S.M. and her foster parents as well as the fact that she had a minimal bond with her mother. She noted that S.M. had always been made "aware of the fact that someday she may be going to live with her real mother":

In my view, the understandable "bonding" which has occurred between [S.M.] and her foster family would not be an insurmountable obstacle to the child's reintegration with her natural mother. I am satisfied that no irreparable harm would result if the foster placement is disturbed at this point. In addition, it is improper that the lethargy of our Court system give rise to a status quo argument and prejudice the rights of the natural mother, unless disturbing the status quo would result in irreparable harm to the child.

Accordingly, Macdonald J. concluded that the long-term best interests of the child would be best served by returning S.M. to her mother.

With regard to the finding of the need of protection, Macdonald J. held that a court, on a status review application, pursuant to s. 65(3), had to determine whether an order was necessary to protect the child in the future, regardless of the fact that the initial finding as to whether the child was

vertu du par. 65(1). Elle a ensuite examiné le par. 37(3) et affirmé que, selon le sous-al. 37(3)(13), les circonstances dont il faut tenir compte dans la détermination de l'intérêt véritable de l'enfant ne sont [TRADUCTION] «pas exhaustives». Relativement aux motifs du juge Bean, elle a conclu qu'il avait exprimé un point de vue [TRADUCTION] «tout à fait incompatible» avec l'objet de la Loi en affirmant que l'intérêt véritable n'était pas pertinent dans le cadre d'une instance en révision du statut de l'enfant, et qu'il a commis une erreur en n'examinant pas l'intérêt véritable de S.M. Compte tenu de l'erreur commise par le juge de première instance, le juge Macdonald a estimé que, dans le cadre d'un appel concernant la protection d'un enfant, il fallait modifier l'ordonnance rendue plutôt qu'ordonner la tenue d'un nouveau procès; c'est pourquoi elle a ensuite examiné la question de l'intérêt véritable de l'enfant. Elle a évalué l'effet de l'attachement psychologique entre S.M. et son foyer d'accueil ainsi que l'attachement minimal de l'enfant pour sa mère. Elle a fait remarquer que l'on avait toujours [TRADUCTION] «dit à S.M. qu'il se pourrait qu'un jour elle aille vivre avec sa mère naturelle»:

[TRADUCTION] À mon avis, l'«attachement» qui existe entre [S.M.] et sa famille d'accueil ne constituerait pas un obstacle insurmontable au retour de l'enfant avec sa mère naturelle. Je suis convaincue que le retrait de l'enfant de sa famille d'accueil n'entraînerait pas de préjudice irréparable. En outre, il n'est pas approprié que la léthargie de notre système judiciaire favorise le maintien du statu quo au détriment des droits de la mère naturelle, sauf dans le cas où il ne convient pas de changer le statu quo parce que l'enfant en subirait un préjudice irréparable.

Par conséquent, le juge Macdonald a conclu qu'à long terme, dans l'intérêt véritable de l'enfant il était préférable que S.M. soit rendue à sa mère.

Relativement au besoin de protection de l'enfant, le juge Macdonald a conclu que le tribunal saisi d'une requête en révision du statut de l'enfant conformément au par. 65(3), doit déterminer si une ordonnance est nécessaire afin de protéger l'enfant à l'avenir, indépendamment du fait que l'ordon-

originally in need of protection must be considered *res judicata*.

As to the fourth issue, Macdonald J. concluded that Bean Prov. Ct. J. had erred in finding that the parties could not adduce new evidence on a status review, when the courts below had proceeded on the basis of an agreed statement of facts, since, on the clear wording of the agreement, the parties had reserved their right to call further evidence. In her opinion, receipt of current and up to date factual information was in line with the task of the court to consider the best interests of the child and, as such, new evidence should be admitted.

With regard to the application and impact of s. 70 or what may be described as the 24-month rule, Macdonald J. observed that such time limits were consistent with the philosophy of the Act:

In this case, the intention of the CFSA and in particular section 70 have clearly been violated. Had section 70 been adhered to, the psychological bonding that has occurred between [S.M.] and her foster home would not have occurred to the extent that it has.

Finally, Macdonald J. addressed the role of counsel for the child in child protection proceedings. This issue does not arise in the present appeal.

At the end of the day, although Macdonald J. concluded that the trial judge had erred by failing to appreciate the best interests of the child adequately, she did not overrule his findings of fact. Based on these findings, in light of the best interests of the child and the fact that the child was, in her view, not in need of a court order for further protection, Macdonald J. upheld the conclusion of Bean Prov. Ct. J. and ordered that S.M. be returned to the care of her mother.

nance originale quant au besoin de protection de l'enfant doit être considérée comme ayant force de chose jugée.

^a En ce qui concerne la quatrième question, selon le juge Macdonald, le juge Bean a commis une erreur en affirmant que les parties ne pouvaient, au cours d'une instance en révision du statut de l'enfant, présenter une nouvelle preuve lorsque les tribunaux d'instance inférieure s'étaient fondés sur un exposé conjoint des faits puisque, selon les termes clairs du consentement, les parties se réservaient le droit de présenter des éléments de preuve supplémentaires. De l'avis du juge Macdonald, la réception par le tribunal de renseignements factuels à jour est compatible avec la tâche qu'il a de tenir compte de l'intérêt véritable de l'enfant, et, à ce titre, des éléments de preuve supplémentaires sont admissibles.

^e Quant à l'application et à l'incidence de l'art. 70 ou de la règle du 24 mois, le juge Macdonald a fait remarquer que ce délai est compatible avec la philosophie de la Loi:

^f [TRADUCTION] En l'espèce, il y a clairement eu violation de l'esprit de la Loi, plus particulièrement de l'art. 70. Si l'on avait respecté cette disposition, l'attachement psychologique qui s'est produit entre [S.M.] et sa famille d'accueil n'aurait pas connu une telle ampleur.

^g Le juge Macdonald s'est finalement penchée sur le rôle de l'avocat dans une instance concernant la protection de l'enfance. Cette question ne se pose pas dans le présent pourvoi.

^h Si le juge Macdonald a, en définitive, conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en n'évaluant pas de façon adéquate l'intérêt véritable de l'enfant, elle n'en a pas pour autant infirmé ses conclusions de fait. Se fondant sur ces conclusions, sur l'intérêt véritable de l'enfant et sur le fait qu'elle n'estimait pas nécessaire de rendre une ordonnance pour protéger l'enfant à l'avenir, elle a confirmé la conclusion du juge Bean et ordonné que S.M. soit rendue à sa mère.

Ontario Court of Appeal (Krever, Catzman, Weiler JJ.A., May 4, 1993)

In reaching a unanimous conclusion to allow the appeal, the Court of Appeal allowed the motion for fresh evidence made on behalf of the child and the respondent as well as the appellant. This new evidence consisted of affidavits of social workers, an up-to-date assessment of S.M. by the respondent society's psychologist, as well as that of Dr. Wilkes, a psychiatrist retained by the official guardian, an assessment of C.M. and her new spouse by Dr. Allodi and transcripts of the cross-examination of all of the affiants except Dr. Allodi. On the merits of the case, according to the Court of Appeal, the essential issue was whether, on a status review hearing under s. 65 of the Act, the best interests of the child must be the prime consideration:

We agree that a children's aid society, as the representative of the state, must continue to justify its intervention by showing that a court order is necessary to protect the child in the future. We do not agree, however, that this means, in the absence of proof of some deficiency in the present parenting capacity on the part of the natural parent, that the child must be returned to the care of the natural parent. A court order may also be necessary to protect the child from emotional harm, which would result in the future, if the emotional tie to the care givers, whom the child regards as her psychological parents is severed. Such a factor is a well recognized consideration in determining the best interests of the child which, in our opinion, are not limited by the statute on a status review hearing.

In her reasons for judgment, Macdonald J. correctly held that the trial judge was in error in holding that the best interests of the child were irrelevant in a status review hearing. She considered the best interests of the child, [S.M.], in the context of "whether or not the child is in need of protection from his or her natural home". She also failed to consider adequately whether a court order was necessary to protect [S.M.] from the emotional harm she would suffer if she were removed from the care of her foster parents with whom she has lived most of her life, and whom she regards as her psychological parents.

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Krever, Catzman et Weiler, le 4 mai 1993)

Dans sa décision unanime d'accueillir l'appel, la Cour d'appel a fait droit à la requête pour nouvelle preuve de la part de l'enfant, de l'intimée ainsi que de l'appelante. Cette nouvelle preuve consistait en affidavits de travailleurs sociaux, une évaluation à jour de l'état de S.M. effectuée par le psychologue de la société intimée, une autre du Dr Wilkes, psychiatre dont les services ont été retenus par le tuteur officiel, une évaluation de l'état de C.M. et de son nouveau conjoint réalisée par le Dr Allodi, ainsi que les transcriptions du contre-interrogatoire de tous les affiants, sauf le Dr Allodi. Selon la Cour d'appel, sur le fond il s'agissait essentiellement de déterminer si, au cours d'une instance en révision du statut de l'enfant en vertu de l'art. 65 de la Loi, le meilleur intérêt de l'enfant doit constituer la considération principale:

[TRADUCTION] Nous sommes d'accord pour dire que la société d'aide à l'enfance, en tant que représentante de l'État, doit continuer de justifier son intervention en établissant qu'une ordonnance est nécessaire afin de protéger l'enfant à l'avenir. Cependant, nous ne sommes pas d'accord pour dire que cela signifie, en l'absence d'une preuve que la mère naturelle est incapable de s'acquitter de ses responsabilités parentales, que l'enfant doit lui être rendue. Une ordonnance peut également être nécessaire afin de protéger l'enfant contre les problèmes affectifs qui résulteraient de la rupture du lien affectif avec les responsables des soins que l'enfant considère comme ses parents psychologiques. Ce facteur est une considération bien connue dans l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant, qui n'est pas, à notre avis, restreint par la loi dans une audience en révision du statut de l'enfant.

Dans ses motifs, le juge Macdonald a eu raison de conclure que le juge de première instance a commis une erreur en affirmant que l'intérêt véritable de l'enfant n'était pas pertinent dans le cadre d'une audience en révision du statut de l'enfant. Elle a examiné l'intérêt véritable de l'enfant, [S.M.], en se demandant «si elle avait besoin d'être protégée contre son foyer naturel». Cependant, elle n'a pas adéquatement examiné si une ordonnance était nécessaire afin de protéger [S.M.] contre les problèmes affectifs qu'elle subirait si elle était retirée de sa famille d'accueil avec qui elle a vécu pendant la majeure partie de sa vie et qu'elle considère comme sa famille psychologique.

Thus, the Court of Appeal for Ontario allowed the appeal and ordered that S.M. be made a ward of the respondent society, for the purposes of adoption, without access by the appellant.

Issues

The main issue in this appeal is the interpretation of the Ontario *Child and Family Services Act*, particularly with respect to status review applications. An incidental question concerns the introduction of fresh evidence on appeal, which I will deal with first.

Fresh Evidence on Appeal

That this Court has discretion to admit fresh evidence on appeal is not contested. Section 62(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, as am., reads:

62. . . .

(3) The Court or a judge may, in the discretion of the Court or the judge, on special grounds and by special leave, receive further evidence on any question of fact, such evidence to be taken in the manner authorized by this Act, either by oral examination, by affidavit or by deposition, as the Court or the judge may direct.

For its part, s. 69(6) of the *CFSA* gives courts discretion to admit fresh evidence on appeal:

69. . . .

(6) The court may receive further evidence relating to events after the appealed decision.

The criteria which have guided courts in the exercise of their discretion to admit fresh evidence on appeal have been examined in a number of cases, both criminal and civil, from which guidelines have emerged. The appellant C.M. and the respondent society propose two divergent approaches. For the appellant, the conventional approach to the admission of such evidence in a criminal context is applicable. She relies on *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, later reaffirmed in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, which established the

La Cour d'appel de l'Ontario a, en conséquence, accueilli l'appel et ordonné que S.M. soit confiée, en qualité de pupille, à la société intimée pour fin d'adoption, sans droit de visite par l'appelante.

Les questions en litige

La principale question en litige porte sur l'interprétation de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, notamment en ce qui concerne les requêtes en révision du statut de l'enfant. Une question incidente a été soulevée relativement à la réception d'une nouvelle preuve en appel. J'en traiterai en premier lieu.

Nouvelle preuve en appel

On ne conteste pas que notre Cour a discrétion pour recevoir une nouvelle preuve en appel. Le paragraphe 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, modifiée, prévoit:

62. . . .

(3) La Cour ou un juge peut, à son appréciation, pour des motifs particuliers et par autorisation spéciale, accepter des éléments de preuve supplémentaires sur une question de fait. Ces éléments sont alors recueillis selon les modalités prévues par la présente loi, soit par déposition, soit par affidavit, soit par interrogatoire, suivant les instructions de la Cour ou du juge.

Pour sa part, le par. 69(6) de la *Loi* accorde aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de recevoir des éléments de preuve supplémentaires en appel:

69 . . .

(6) La Cour peut recevoir une preuve supplémentaire qui se rapporte à des événements postérieurs à la décision portée en appel.

Les critères qui ont guidé les tribunaux dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'ils ont de recevoir une nouvelle preuve en appel ont été examinés dans un certain nombre d'arrêts, tant en matière criminelle que civile, dont se sont dégagées des lignes directrices. L'appelante, C.M., et la société intimée proposent deux approches divergentes à ce sujet. D'après l'appelante, il faut suivre la démarche traditionnelle applicable à la réception d'une nouvelle preuve en matière criminelle. À cette fin, elle se fonde sur l'arrêt *Palmer c. La*

well-known stringent four-part test. (As an aside, it is useful to mention that, even in criminal matters, the rules in *Palmer* and *Stolar* are not cast in stone and are not as inflexible as the appellant would like us to find: *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633.)^a On this test, according to the appellant, the fresh evidence submitted by the respondent society would not be admissible since *Stolar, supra*, was found to be applicable in child protection proceedings and, in particular, has been applied in *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321 (N.S.C.A.). In that case, Chipman J.A., for the court, disallowed the admission of the fresh evidence on the basis that (at pp. 330-31):

If such evidence were to be received and weighed, the court would have to consider it against the backdrop of all of the evidence which it did not hear — that which was before the trial judge and upon which findings have already been made. A finality to the fact-finding process has to be reached. Experience has shown that this is generally best done by the original trier of fact.

Chipman J.A. reached this determination based on this court's reasoning in *Palmer* and *Stolar, supra*, regardless of the fact that s. 49(5) of the *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, "gives this court, sitting on appeal, a discretion to receive further evidence relating to events after the appealed order" (p. 330).

The respondent society, on the other hand, argues that the proper approach is that advanced in *Re Genereux and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1985), 53 O.R. (2d) 163 (C.A.), pursuant to s. 43(8) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66:

43. . . .

(8) On the hearing of the appeal and with leave of the county or district court hearing the appeal, further evi-

Reine, [1980] 1 R.C.S. 759, plus tard affirmé de nouveau dans l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, qui a établi le test strict bien connu en quatre volets. (J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que, même en matière criminelle, les critères dégagés dans *Palmer* et *Stolar* ne sont pas coulés dans le béton ni aussi inflexibles que l'appelante nous le suggère: *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633.) À son avis, d'après ce test, la nouvelle preuve présentée par la société intimée ne serait pas admissible puisque l'arrêt *Stolar*, précité, a été jugé applicable en matière de protection des enfants et, plus particulièrement, a été appliqué dans l'arrêt *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321 (C.A.N.-É.). Dans cette affaire, le juge Chipman, au nom de la cour, a refusé de recevoir une nouvelle preuve pour le motif suivant (aux pp. 330 et 331):

[TRADUCTION] Si elle devait recevoir ces éléments de preuve et en faire l'appréciation, la cour devrait les examiner dans le contexte de tous les éléments de preuve qu'elle n'a pas entendus — c'est-à-dire ceux qui ont été présentés au juge de première instance et qui ont déjà donné lieu à des conclusions. L'appréciation des faits doit avoir une fin. L'expérience a démontré que c'est généralement le juge des faits qui est le mieux placé pour ce faire.

Le juge Chipman est arrivé à cette conclusion en se fondant sur le raisonnement de notre Cour dans les arrêts *Palmer* et *Stolar*, précités, en dépit du fait que, en vertu du par. 49(5) de la *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, [TRADUCTION] «la cour, siégeant en appel, peut, à sa discrétion, recevoir des éléments de preuve supplémentaires relativement à des événements postérieurs à l'ordonnance faisant l'objet de l'appel» (p. 330).

D'autre part, la société intimée soutient que la démarche appropriée est celle formulée dans l'arrêt *Re Genereux and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1985), 53 O.R. (2d) 163 (C.A.), où s'appliquait le par. 43(8) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66:

[TRADUCTION]

43. . . .

(8) À l'audition de l'appel et avec l'autorisation de la cour de comté ou de district saisie de l'appel, des élé-

dence relating to matters both preceding and subsequent to the making of the decision being appealed, may be received by affidavit, oral examination or as may be directed by the county or district court.

In that case, Cory J.A. (then of the Court of Appeal), after carefully examining the admissibility of new evidence on appeal when dealing with child welfare proceedings, asserted at pp. 164-65:

It can be seen that the judge hearing the appeal is granted a very wide discretion with no restrictions imposed. This is remedial legislation dealing with the welfare of children. It should be broadly interpreted. Undue restrictions should not be placed upon it. Specifically, narrow restrictions should not be read into the section when they do not appear in the legislation.

The judge on appeal, bearing in mind that he is dealing with the welfare of children, may determine that he will exercise his discretion and will hear further evidence so long as it is relevant to a consideration of the best interests of the child. [Emphasis added.]

Similar views were expressed in *Children's Aid Society of Renfrew County v. L.P.W.* (1989), 32 O.A.C. 394 (C.A.), where the Court of Appeal held that the appellate judge could consider fresh evidence on appeal, in the context of an appellate function, but not at a hearing *de novo*. In *M.M. v. B.M.* (1982), 37 O.R. (2d) 716 (C.A.), Brooke J.A., for the court, held at p. 716:

In our opinion, the judge was right in admitting the evidence of Dr. Selwyn Smith and the other evidence which he admitted and it may well be that it would have been wrong to refuse to admit it as it was relevant to the central issue to be decided which was what was in the best interest of the child. A County and District Court judge has a unique function to fulfill while hearing an appeal pursuant to the provisions of this statute. By s. 43 of the statute (*Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66) he is empowered to hear evidence relating to matters which both precede or were subsequent to the decision under appeal. We think this wide power emphasizes the remedial nature of the Act and may well constitute an impor-

ments de preuve supplémentaires ayant trait à des éléments antérieurs ou postérieurs à la décision faisant l'objet de l'appel, peuvent être reçus par affidavit, par déposition ou suivant les instructions de la cour de comté ou de district.

Dans cet arrêt, après avoir soigneusement examiné l'admissibilité d'éléments de preuve supplémentaires en appel dans le cadre de procédures relatives au bien-être des enfants, le juge Cory (maintenant de notre Cour) a affirmé (aux pp. 164 et 165):

[TRADUCTION] On voit bien que le juge saisi de l'appel possède un vaste pouvoir discrétionnaire qui n'est assorti d'aucune restriction. Il s'agit d'une disposition législative corrective qui a trait au bien-être des enfants. Elle doit être interprétée d'une façon libérale. Il ne faut l'assortir d'aucune restriction inutile. Plus particulièrement, il ne faut pas incorporer dans la disposition des restrictions lorsqu'elles ne figurent pas dans la loi.

Le juge en appel peut, tout en gardant à l'esprit qu'il prend des décisions concernant le bien-être des enfants, décider qu'il exercera son pouvoir discrétionnaire et acceptera des éléments de preuve supplémentaires s'ils sont pertinents relativement à l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant. [Je souligne.]

Des points de vue similaires ont été exprimés dans l'arrêt *Children's Aid Society of Renfrew County c. L.P.W.* (1989), 32 O.A.C. 394 (C.A.), dans lequel la Cour d'appel a conclu qu'un juge peut examiner des éléments de preuve supplémentaires en appel, dans le contexte d'un appel mais non lors d'un appel *de novo*. Dans l'arrêt *M.M. c. B.M.* (1982), 37 O.R. (2d) 716 (C.A.), le juge Brooke, au nom de la cour, a jugé que (à la p. 716):

[TRADUCTION] À notre avis, le juge a eu raison d'admettre le témoignage du Dr Selwyn Smith ainsi que les autres éléments de preuve; il aurait peut-être été erroné de refuser de les admettre puisqu'ils se rapportaient à la principale question en litige: quel était le véritable intérêt de l'enfant? Un juge d'une cour de comté et de district a une fonction unique à remplir lorsqu'il est saisi d'un appel conformément aux dispositions de cette loi. En vertu de l'art. 43 de la loi (la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66), il a le pouvoir d'entendre des éléments de preuve concernant des questions antérieures ou postérieures à la décision faisant l'objet de l'appel. À notre avis, ce vaste pouvoir fait ressortir le caractère

tant feature in attempting to determine what is in the best interest of the child.

As set out above, the Ontario *Child Welfare Act* does contain s. 43(8), which, similar to the *CFSA*'s s. 69(6), specifically deals with the admission of fresh evidence on appeal.

Counsel for the child supports the approach advanced by the respondent society and also relies on *Genereux, supra*, as the appropriate test in matters where the best interests of the child are the paramount concern.

Although I doubt that *Genereux, supra*, intended to depart significantly from the test of *Palmer* and *Stolar, supra*, its approach is to be commended. In my view, *Genereux, supra*, is not only consistent with the jurisprudence of this Court but is better suited to the child-centred focus of the *CFSA*, as it recognizes the importance of having accurate and up-to-date information on children whose fate often hangs on the determination by judges of their best interests. In light of this Court's broad discretion to admit fresh evidence and the wording and the spirit of the statute, *Genereux, supra*, is very attuned to the philosophy and objectives of the Act. Although it might be more in line with usual procedures for a court of appeal to base its conclusions on the evidence before the trial judge, the particular nature of appeals in child welfare legislation requires a sufficiently flexible rule, where an accurate assessment of the present situation of the parties and the children, in particular, is of crucial importance. If *Genereux, supra*, has enlarged the scope of the admission of fresh evidence on appeal, it has done so, in the present case at least, with regard to the final arm of the *Stolar* test, that is, whether the fresh evidence may affect the result of the appeal when considered with the other evidence. If that is so, and the fact that the admission of up-to-date evidence is essential in cases such as the one at hand, *Genereux, supra*, should be

correctif de la loi et pourrait bien constituer un élément important lorsque l'on tente de déterminer quel est l'intérêt véritable de l'enfant.

Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 43(8) de la *Child Welfare Act* de l'Ontario, qui est semblable au par. 69(6) de la Loi porte spécifiquement sur la réception d'une nouvelle preuve en appel.

L'avocat de l'enfant appuie la démarche préconisée par la société intimée et est d'avis que le test approprié est celui formulé dans l'arrêt *Genereux*, précité, dans les cas où l'intérêt véritable de l'enfant est la préoccupation prédominante.

Bien que je doute que l'arrêt *Genereux*, précité, ait voulu s'écarter sensiblement du critère formulé dans les arrêts *Palmer* et *Stolar*, précités, la démarche qu'il préconise est à recommander. À mon avis, non seulement l'arrêt *Genereux*, précité, est compatible avec la jurisprudence de notre Cour, mais il est davantage axé sur l'enfant comme le veut la Loi, en ce qu'il reconnaît l'importance de renseignements précis et à jour sur les enfants dont le sort dépend souvent de ce que le juge considérera dans leur intérêt véritable. Compte tenu du vaste pouvoir discrétionnaire de notre Cour en matière de réception d'éléments de preuve supplémentaires, ainsi que du libellé et de l'esprit de la loi, je suis d'avis que l'arrêt *Genereux*, précité, s'harmonise fort bien avec la philosophie et les objectifs de la Loi. Même s'il est peut-être plus conforme à la pratique d'une cour d'appel de fonder ses conclusions sur la preuve présentée devant le juge de première instance, en raison de la nature particulière des appels prévus dans les lois visant le bien-être des enfants, où il est d'une importance capitale d'avoir des renseignements précis et à jour sur la situation des parties et, tout particulièrement, des enfants, la règle doit être suffisamment souple. Si l'arrêt *Genereux*, précité, a assoupli la règle de l'admission d'une nouvelle preuve en appel, il l'a fait, tout au moins en l'espèce, en ce qui concerne le dernier volet du critère formulé dans l'arrêt *Stolar*, soit si la nouvelle preuve, combinée aux autres éléments de preuve produits, est susceptible d'influer sur l'issue de l'appel. Si tel est le cas, tenant compte du fait que l'admission d'éléments de preuve à jour est essentielle dans des cas comme le

applied in cases determining the welfare of children.

nôtre, l'arrêt *Genereux*, précité, devrait s'appliquer aux causes visant le bien-être des enfants.

Applying this test to the case at bar, the Court of Appeal was entitled to consider the fresh evidence submitted to it and so is this Court. The new evidence adduced before us by the respondent society consists of the following two affidavits. The first is from Dr. James Wilkes, a psychiatrist and Director of Child and Adolescent Psychiatry at Centenary Health Centre, sworn on October 28, 1993. It encompasses several reports including a written report detailing Dr. Wilkes' examination of S.M. which was provided to the respondent society on October 28, 1993. The second is an affidavit from Ms. De Sousa, a Child Management Worker employed by the respondent society, sworn on October 27, 1993. In her lengthy affidavit, Ms. De Sousa attests to events from her first involvement with respect to the implementation and supervision of access between S.M. and her mother in February 1993, up to her last visit on April 22, 1993. Another affidavit also submitted by the respondent society is from Ms. Maria Skultety, sworn on November 1, 1993, a law partner in the firm which represents the appellant mother. That affidavit had been submitted in response to the respondent society's application to terminate access prior to the hearing of this appeal and it details C.M.'s concerns that the respondent society has made only minimal attempts to facilitate access but that she also appreciates the need not to upset S.M. by enforcing access visits.

The above evidence provides details as to the nature and quality of C.M.'s relationship with her daughter, the efforts made by the respondent society to implement the interim access order made by Madam Justice McLachlin on August 23, 1993, the responses of both C.M. and S.M. to such attempts and failed attempts at access, the opinion of Dr. Wilkes as to the negative impact of the attempts to force access between C.M. and S.M. on the child

Applicant ce test au cas qui nous occupe, la Cour d'appel était en droit d'examiner la nouvelle preuve qui lui avait été soumise, et notre Cour l'est également. La nouvelle preuve présentée devant nous par la société intimée consiste en deux affidavits. Le premier, daté du 28 octobre 1993, est celui du Dr James Wilkes, psychiatre et directeur du service de psychiatrie pour enfants et adolescents au Centenary Health Centre. Cet affidavit comprend plusieurs rapports, y compris un rapport rédigé par le Dr Wilkes à la suite d'un examen de S.M., qui a été fourni à la société intimée le 28 octobre 1993. Le second, daté du 27 octobre 1993, est celui de Mme De Sousa, travailleuse à domicile, employée par la société intimée. Dans son long affidavit, Mme De Sousa fait état d'événements qui sont survenus depuis qu'elle a commencé à participer à la mise en œuvre et à la supervision des visites entre S.M. et sa mère entre février 1993 et le 22 avril 1993, date de sa dernière visite. La société intimée a également déposé un affidavit, daté du 1^{er} novembre 1993, de Mme Maria Skultety, associée dans le cabinet qui représente l'appelante. Cet affidavit avait été déposé en réponse à la demande de la société intimée de mettre fin aux visites avant l'audition du présent pourvoi et il décrit en détail les préoccupations de C.M. quant au fait que les démarches de la société intimée pour faciliter les visites auraient été minimales, mais aussi quant à la nécessité de ne pas bouleverser S.M. par l'imposition forcée de droits de visite.

Ces éléments de preuve fournissent des détails sur la nature et la qualité de la relation de C.M. avec sa fille, les efforts que la société intimée a déployés pour mettre en œuvre l'ordonnance provisoire de visite rendue par le juge McLachlin le 23 août 1993, les réactions de C.M. et de S.M. relativement aux visites et aux tentatives de visite, l'opinion du Dr Wilkes quant aux répercussions négatives actuelles et futures sur l'enfant des tenta-

as well as the potential future impact on S.M. and, finally, the concern expressed by C.M. as to the lack of access to her daughter. One of the most powerful features of this evidence is the fact that S.M. consistently and repeatedly made it clear to anyone who would listen that she felt that her foster family was her real family and that she did not want to return to her birth mother. In fact, access visits between the appellant and her daughter became almost impossible because of the child's negative reaction to the continued attempts to implement such visits. The possibility of access visits occurring had a severe effect on the emotional, psychological and physical well-being of the child, who, in fact, injured herself and made herself ill in order to prevent the visits from occurring. Finally, her wishes are clear in statements made to Dr. Wilkes: "I'm sad . . . I'm sad because of the visits, I don't want to go to the visits." (See Report of Dr. J. R. Wilkes, October 12, 1993.)

tives de rencontres forcées entre C.M. et S.M. et, enfin, la préoccupation exprimée par C.M. quant au peu de rencontres avec sa fille. Un des éléments de preuve les plus importants est le fait que S.M. a toujours répété à qui voulait l'entendre qu'elle estimait que sa famille d'accueil était sa vraie famille et qu'elle ne voulait pas retourner avec sa mère naturelle. En fait, les visites entre l'appelante et sa fille sont devenues pratiquement impossibles à cause de la réaction négative de l'enfant face aux tentatives répétées de mise en œuvre des droits de visite en question. La possibilité même des visites a eu un effet grave sur le bien-être affectif, psychologique et physique de l'enfant, qui est même allée jusqu'à se blesser et à se rendre malade pour empêcher ces visites. Enfin, les désirs de l'enfant ressortent clairement des déclarations qu'elle a faites au Dr Wilkes: [TRADUCTION] «Je suis triste [...] je suis triste à cause des visites, je ne veux pas aller à ces visites.» (Voir le rapport du Dr J. R. Wilkes du 12 octobre 1993.)

After reviewing the new evidence sought to be introduced before us, there is no doubt that it meets the test for admission. In particular, it could not have been adduced before, is highly relevant in that it enables the Court to make determinations on an accurate picture of the situation at hand, is potentially decisive as to S.M.'s best interests and is credible. In addition, the evidence is uncontroverted and bridges the gap between the evidence submitted before the Court of Appeal in May 1993 and the present situation. In light of the Court's broad discretion to admit fresh evidence and the legislated objective of the *CFSA* requiring the court to act in the best interests of the child in child welfare proceedings, the respondent society's motion to adduce fresh evidence must be allowed and the evidence admitted. That being said, I now turn to the main issue, that is the determination of the test on a status review application pursuant to the *CFSA*.

Après examen de la nouvelle preuve dont on nous demande la réception, il n'y a pas de doute qu'elle satisfait au critère d'admissibilité. Tout particulièrement, ces éléments de preuve n'auraient pu être produits antérieurement, ils sont fort pertinents en ce qu'ils permettent à la Cour de prendre des décisions à partir d'un tableau précis de la situation, ils sont potentiellement décisifs quant à l'intérêt véritable de S.M. et ils sont crédibles. En outre, ces éléments de preuve ne sont pas contredits et comblent le vide entre la preuve déposée devant la Cour d'appel en mai 1993 et la situation actuelle. Compte tenu du vaste pouvoir discrétionnaire de la Cour relativement à l'admission d'une nouvelle preuve et de l'objectif de la Loi voulant que le tribunal agisse dans l'intérêt véritable de l'enfant dans une instance concernant le bien-être d'un enfant, la requête de la société intimée visant au dépôt d'une nouvelle preuve est accueillie et les éléments de preuve sont admis. Cela dit, je passerai maintenant à l'examen de la principale question en litige, c'est-à-dire la détermination du critère applicable à une requête en révision du statut de l'enfant en vertu de la Loi.

Status Review Applications under the Ontario CFSA*Overview*

As I said earlier, the Ontario CFSA governs every aspect of child protection proceedings in Ontario. The Act specifies the procedure to be followed, the evidentiary requirements under this process and, most of all, spells out the objectives of the legislation in s. 1, of which the first and "paramount" objective of the Act is to promote "the best interests, protection and well-being of children".

In attempting to fulfil this objective, the Act carefully seeks to balance the rights of parents and, to that end, the need to restrict state intervention, with the rights of children to protection and well-being. The Ontario legislation, when compared to the legislation of other provinces, has been recognized as one of the least interventionist regimes. (See Richard F. Barnhorst, "Child Protection Legislation: Recent Canadian Reform", in Barbara Landau, ed., *Children's Rights in the Practice of Family Law*, p. 255.) This non-interventionist approach is premised not with a view to strengthen parental rights but, rather, in the recognition of the importance of keeping a family unit together as a means of fostering the best interests of children. Thus, the value of maintaining a family unit intact is evaluated in contemplation of what is best for the child, rather than for the parent. In order to respect the wording as well as the spirit of the Act, it is crucial that this child-centred focus not be lost, even at the stage of an inquiry under the status review provisions. As well, such an approach is in line with modern principles of statutory interpretation as expressed in Elmer A. Dreidger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), in this often-quoted passage at p. 87:

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

Requêtes en révision du statut de l'enfant en vertu de la Loi de l'Ontario*Observations d'ordre général*

Comme je l'ai déjà dit, la Loi de l'Ontario régit tous les aspects du processus portant sur la protection de l'enfance en Ontario. Elle précise la procédure à suivre et les exigences en matière de preuve et, surtout, elle formule dans son art. 1 les objectifs de cette loi, dont le «principal» est de promouvoir «l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être».

Face à cet objectif, la Loi vise tout particulièrement à établir un équilibre entre les droits des parents et, à cette fin, la nécessité de restreindre l'intervention de l'État, et les droits des enfants à leur protection et à leur bien-être. Par rapport aux lois des autres provinces, la loi ontarienne a été considérée comme l'une des moins interventionnistes. (Voir Richard F. Barnhorst, «Child Protection Legislation: Recent Canadian Reform», dans Barbara Landau, ed., *Children's Rights in the Practice of Family Law*, à la p. 255.) La prémisse sur laquelle repose cette approche non-interventionniste vise non pas à renforcer les droits des parents, mais plutôt à reconnaître l'importance du maintien de la cellule familiale comme moyen de favoriser l'intérêt véritable des enfants. En conséquence, la valeur que comporte le maintien de la cellule familiale est fonction de ce qui est le mieux pour l'enfant plutôt que pour les parents. Si l'on veut se conformer au libellé et à l'esprit de la Loi, il est essentiel de se rappeler que l'accent est mis sur l'enfant, même dans le cadre d'une requête en révision du statut de l'enfant. Par ailleurs, une telle démarche est compatible avec les principes modernes d'interprétation des lois comme les a exprimés Elmer A. Dreidger, dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) dans ce passage souvent cité, à la p. 87:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut: les mots d'une loi doivent être interprétés selon tout le contexte et dans leur acception grammaticale et logique, en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

The procedural steps and safeguards which govern the entire process under the Act, including the status review hearing, must always be construed in light of the clear purposes of s. 1.

The relevant part of the Act for the purpose of this appeal is Part III, which deals with child protection. I will briefly discuss the structure of the Act in this regard. The determination that a child is in need of state protection is made pursuant to s. 40 which empowers a court, if the child is found to be in need of protection within the meaning of s. 37(2), to make an order pursuant to s. 57. The crucial paragraphs of s. 37(2), for the purposes of this case, are (f) and (g) which deal expressly with emotional harm to the child. Where the criteria set out in s. 37(2) are met, the judge presiding over the protection hearing may make a finding that the child is in need of protection. Once such a determination has been made, the trial judge must then consider what order is appropriate pursuant to s. 57. Section 57(1) sets out the test to be met for any order for supervision, society wardship or Crown wardship. The seriousness of removing a child from her or his parent or parents is emphasized in s. 57(3), in that the least restrictive alternatives must be examined. Finally, pursuant to s. 57(9), if a court, while satisfied that a child is in need of protection, is of the view that a court order is not necessary to protect the child in the future, the court is required to return the child to her or his parent or parents' care.

The present appeal deals with the determination to be made at a status review hearing. Such review hearings are part of the procedure set out in the Act in order to insure that the child protection policy directives are being properly carried out by the orders made under the Act and, to that end, all orders made pursuant to s. 57(1) are subject to time limits and to review pursuant to s. 64(1). The criteria to be considered by courts and the steps to be followed on a status review application are at the heart of the present appeal. I will briefly state both

Les différentes étapes de la procédure et les garanties qui gouvernent l'ensemble du processus prévu à la Loi, y compris l'instance en révision du statut de l'enfant, doivent toujours être interprétées à la lumière de l'objectif clair de l'art. 1 de la Loi.

Pour les fins du présent pourvoi, la partie pertinente de la Loi est la partie III, qui porte sur la protection de l'enfant. J'examinerai brièvement l'économie de la Loi à cet égard. La détermination qu'un enfant a besoin de la protection de l'État se fait en application de l'art. 40 qui habilite un tribunal à rendre une ordonnance conformément à l'art. 57, s'il est établi qu'un enfant a besoin de protection au sens du par. 37(2). En l'espèce, les dispositions importantes sont les al. 37(2)f et g), qui traitent expressément des problèmes affectifs que peut rencontrer l'enfant. Si l'on a satisfait aux critères formulés au par. 37(2), le juge qui préside l'audience peut conclure qu'un enfant a besoin de protection. Il doit alors examiner quelle ordonnance il doit rendre conformément à l'art. 57. Le paragraphe 57(1) formule le test applicable aux fins d'une ordonnance de surveillance de l'enfant, de tutelle par la société ou de tutelle par la Couronne. Le paragraphe 57(3) souligne la gravité du retrait d'un enfant de chez ses parents, puisqu'il impose au tribunal la tâche d'examiner les mesures les moins restrictives. Enfin, conformément au par. 57(9), si le tribunal est d'avis qu'une ordonnance n'est pas nécessaire pour protéger l'enfant à l'avenir, il doit ordonner qu'il soit rendu à ses parents.

Le présent pourvoi a trait à la décision que le tribunal doit rendre lors d'une instance en révision du statut de l'enfant. Une telle révision fait partie de la procédure que la Loi prévoit afin que les ordonnances rendues soient conformes aux directives de principe en matière de protection de l'enfance. C'est pourquoi toutes les ordonnances rendues conformément au par. 57(1) sont assujetties à des durées maximales ainsi qu'au processus de révision visé au par. 64(1). Le test et les étapes dont doivent tenir compte les tribunaux saisis d'une requête en révision du statut de l'enfant sont

the appellant's and the respondent society's submissions in this regard.

Appellant's Submissions

The appellant suggests that the trial judge, operating under s. 65 of the Act, must determine, upon status review, whether there is a continuing need for a court order pursuant to s. 57 before considering the best interests of the child under s. 37(3). This approach is advanced in light of the non-interventionist philosophy of the Act. She submits that this interpretation is consistent with the comment of M. L. McCall, "An Analysis of Responsibilities in Child Welfare Systems" (1990), 8 *Can. J. Fam. L.* 345, cited by Tarnopolsky J.A. in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1992), 43 R.F.L. (3d) 36 (Ont. C.A.), at pp. 59-60:

A recent trend moves toward a more legalistic and non-intrusive approach that suggests that parents should be left alone to raise their children unless they fail to meet certain clear minimum standards of care. [Emphasis added by Tarnopolsky J.A.]

According to the appellant, a protection hearing differs from a custody hearing, in that, in the latter, the best interests of the child test is the paramount concern, as decided by this court in *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, and, since then, in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3. Although, in custody cases, the presumption in favour of the biological parents has given way to the best interests standard, the presumption, in her view, continues to apply in protection hearings, as *per Re Baby Duffell, Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737, at p. 746, so that the removal of a child will only be justified where the actions of parents fall below an acceptable minimum threshold and, only then, does consideration of the best interests of the child in protection hearings arise. As a consequence, it is only after the threshold issue, as to whether an order is necessary to protect the child in the future, is affirmatively

au cœur même du présent pourvoi. Je ferai en premier lieu une brève revue des arguments de l'appelante et de ceux de la société intimée à cet égard.

a Les arguments de l'appelante

Selon l'appelante, le juge de première instance doit, lorsqu'il procède, en vertu de l'art. 65 de la Loi, à la révision du statut de l'enfant, déterminer si l'ordonnance rendue conformément à l'art. 57 est toujours nécessaire, avant même d'examiner l'intérêt véritable de l'enfant en vertu du par. 37(3). Cette démarche découle de la philosophie non interventionniste de la Loi. L'appelante soutient que cette interprétation est compatible avec les commentaires de M. L. McCall, «An Analysis of Responsibilities in Child Welfare Systems» (1990), 8 *Can. J. Fam. L.* 345, cités par le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1992), 43 R.F.L. (3d) 36 (C.A. Ont.), aux pp. 59 et 60:

[TRADUCTION] *Récemment, on a eu tendance à adopter une approche plus légaliste et moins envahissante, qui veut que les parents puissent s'occuper seuls de l'éducation de leurs enfants, sauf dans les cas où ils ne satisfont pas à certaines normes minimales évidentes en matière de soins.* [L'italique est du juge Tarnopolsky.]

Selon l'appelante, une instance portant sur la protection de l'enfant diffère d'une instance relative à la garde, en ce sens que, dans ce dernier cas, la considération principale est l'intérêt véritable de l'enfant, comme l'a affirmé notre Cour dans les arrêts *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87 et, récemment, *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Bien que, dans les affaires de garde d'enfants, la présomption en faveur des parents naturels ait cédé la place à la norme de l'intérêt véritable de l'enfant, cette présomption continue, selon l'appelante, de s'appliquer aux instances portant sur la protection de l'enfant, selon l'arrêt *Re Baby Duffell, Martin c. Duffell*, [1950] R.C.S. 737, à la p. 746, de sorte que le tribunal, dans le cadre d'une instance portant sur la protection de l'enfant, serait justifié d'ordonner le retrait de l'enfant de chez son père ou sa mère seulement dans le cas où ils ont un comportement qui ne respecte pas des normes

established that a court may have regard for the best interests of the child.

minimales acceptables, et c'est seulement par après que le tribunal pourrait tenir compte de l'intérêt véritable de l'enfant. En conséquence, c'est seulement une fois qu'il est établi qu'une ordonnance est nécessaire afin de protéger l'enfant qu'un tribunal peut tenir compte de l'intérêt véritable de l'enfant.

Respondent Society's Submissions

The respondent society and the Official Guardian, on the other hand, argue that a status review application is solely concerned with disposition and, as a consequence, the primary focus of the inquiry under s. 65 is whether the order sought is in the best interests of the child within the meaning of s. 37(3) and that the main focus in the inquiry is not whether the child continues to be in need of protection but what is in the best interest of the child. In their view, the procedure upon a status review application presupposes the earlier finding of a need of protection and a similar investigation need not be made anew. Their approach is premised on the difference between the procedure on an original protection application and that upon status review. The original application would involve protection and best interests, whereas the latter review would concern solely the best interests. They submit that, under the *CFSA*, there are dual findings of protection, first a finding of the need of protection and second, a finding that a court order is necessary to protect the child in the future, which must be met when the original order is made. It is their submission that both these findings become *res judicata* on status review. They rely on *L. (K.) v. C.A.S., Stormont, Dundas and Glengarry* (1988), 12 R.F.L. (3d) 76, at p. 82, in this regard:

It would appear to me that, if the legislature had intended that, pursuant to a s. 60 application for status review, a new or fresh finding of a child being in need of protection was required to be made, it could have very easily spelled that out in either of s. 60 or s. 61. It did not see fit to do so and I can only gather from this

b Les arguments des intimés

Pour leur part, la société intimée et le tuteur public font valoir qu'une requête en révision du statut de l'enfant vise seulement le résultat et, en conséquence, le but principal de l'examen prévu à l'art. 65 est de déterminer si l'ordonnance demandée est dans l'intérêt véritable de l'enfant au sens du par. 37(3), et non pas de déterminer si l'enfant continue d'avoir besoin de protection mais plutôt de savoir ce qui est dans son intérêt véritable. À leur avis, la procédure en révision du statut de l'enfant présuppose que l'on a déjà constaté le besoin de protection, et il n'est pas nécessaire de réexaminer ce point. Leur argument repose sur la différence qui existe entre la procédure applicable à la requête initiale de protection et à une requête en révision du statut de l'enfant. La requête initiale nécessiterait à la fois l'examen de la question de la protection et celle de l'intérêt véritable de l'enfant, alors que la requête en révision nécessiterait seulement l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant. Ils soutiennent que le tribunal doit, en vertu de la Loi, tirer deux conclusions lorsqu'il rend l'ordonnance originale: premièrement, la conclusion que l'enfant a besoin de protection et, deuxièmement, la conclusion qu'une ordonnance est nécessaire pour protéger l'enfant à l'avenir. Ils sont d'avis que ces questions ont force de chose jugée au moment d'une audience en révision du statut de l'enfant. Ils se fondent sur l'arrêt *L. (K.) c. C.A.S., Stormont, Dundas and Glengarry* (1988), 12 R.F.L. (3d) 76, à la p. 82:

[TRADUCTION] Il me semble que, si le législateur avait eu l'intention, dans le cadre d'une requête en révision du statut de l'enfant, que l'on détermine de nouveau si l'enfant a besoin de protection, il aurait très facilement pu le préciser soit à l'art. 60, soit à l'art. 61. Il n'a pas jugé nécessaire de le faire et je ne peux qu'en conclure que

that it was the intention of the legislature that, once a determination of a child being in need of protection having been made, there is no need for a court in respect to reviewing the matter to make a fresh determination of that particular issue.

As a result, the "no order" determination made by the trial judge in this case pursuant to s. 57(9) is unavailable upon a status review. In the alternative, the respondent society submits that if, on a status review, a finding that a child is in need of future protection is necessary, the requirements have been met in this case and, finally, even if, on review, the original finding of the need of protection is to be re-examined, it would also be met in the present case.

Analysis

As a starting point for this analysis, one must look at the Act as a global legislative scheme whose purpose and rationale should not be overshadowed by an unduly restrictive and strict interpretation of the sections of the Act, which would be at cross-purposes with the whole philosophy of the Act.

In order to decide this issue it is helpful to examine the main provisions of the Act dealing with the procedure for review, which afford significant guidance on a status review and which are found in s. 65 of the Act. The paramountcy of the best interests of the child is clearly apparent in s. 65, as it is throughout the Act. Section 37(3) further complements s. 65 in that it recounts the various factors to be considered when attempting to determine the child's best interests. These factors include concern for the child's physical, mental and emotional needs, the importance of continuity in the child's care, the child's views as well as any other relevant circumstance. Finally, the only determination to be made by the court in a status review application is whether the order previously made to protect the child continues to be required for the future protection of the child. In this regard, courts on a status review application are not faced

son intention était qu'une fois établi le besoin de protection de l'enfant, le tribunal n'a pas à se prononcer de nouveau sur cette question particulière dans le cadre d'une révision.

En conséquence, la décision du juge de première instance «de ne pas rendre d'ordonnance» en l'espèce conformément au par. 57(9), n'est plus une option possible dans le cas d'une révision du statut de l'enfant. Subsidiairement, si, dans le cadre d'une révision du statut de l'enfant, le tribunal doit constater que l'enfant a besoin d'être protégé à l'avenir, la société intimée est d'avis que cette exigence a été satisfaite en l'espèce et, enfin, même s'il fallait, lors d'une requête en révision, réexaminer la conclusion originale quant au besoin de protection, cette condition a également été satisfaite en l'espèce.

Analyse

Au départ, il faut considérer la Loi comme un ensemble législatif dont l'objet et la philosophie sous-jacente ne devraient pas être éclipsés par une interprétation indûment restrictive et stricte des divers articles de la Loi, ce qui irait à l'encontre de toute l'économie de la Loi.

Pour trancher la question qui nous est soumise, il est utile d'examiner les principales dispositions applicables au processus de révision, qui servent de guides non négligeables dans une instance en révision de statut et qui figurent à l'art. 65 de la Loi. L'importance capitale de l'intérêt véritable de l'enfant ressort clairement de l'art. 65 ainsi que de l'ensemble de la Loi. Le paragraphe 37(3), qui énumère les facteurs dont il faut tenir compte lorsque l'on tente de déterminer quel est l'intérêt véritable de l'enfant, vient compléter l'art. 65. Ces facteurs comprennent, notamment, les besoins physiques, mentaux et affectifs de l'enfant, l'importance de la continuité en ce qui concerne les soins à fournir à l'enfant, le point de vue de l'enfant ainsi que d'autres circonstances pertinentes. Enfin, en ce qui concerne la requête en révision du statut de l'enfant, la seule décision que le tribunal doit prendre est de déterminer si l'ordonnance de

with a review of the rightness or wrongness of the original finding that the child was in need of protection. In the words of H. D. Wilkins in *Status Review Applications*, Canadian Bar Association (Ontario), Continuing Legal Education Program on *The Child and Family Services Act*, March 22, 1986:

A status review presupposes an earlier court hearing, a finding that the child was in need of protection, and a resultant court order which is still in existence. It is that order which is being reviewed on the status review application. It is necessarily an order of supervision, an order of Society wardship or an order of Crown wardship.

The underlying philosophy of the Act of balancing the best interests of children with the importance of keeping intact the family unit, without neglecting the protection of children in need of protection, must be kept at the forefront of this analysis. Keeping in mind these purposes and the particular provisions dealing with the status review hearing, I now turn to the focal point of this appeal, the interrelationship between ss. 57 and 65 and the test to be met on status review. As a preliminary step, a brief examination of the jurisprudence is appropriate.

Jurisprudence

Although I do not intend to canvass the whole of the case law on the interpretation of the court's function on a status review hearing, the following few examples demonstrate, in my view, that courts have been struggling to find the proper approach.

In *Children's Aid Society of Ottawa v. G.M.* (1978), 3 R.F.L. (2d) 226, at pp. 233-34, Lerner J. held:

If the judge intended by "starting from scratch" that he would reconsider the issue of whether the child was in need of protection at the time he made the two previ-

protection antérieure continue d'être nécessaire pour la protection de l'enfant à l'avenir. À cet égard, le tribunal n'a pas à examiner si la décision originale quant au besoin de protection est correcte ou erronée. Selon H. D. Wilkins dans *Status Review Applications*, Association du Barreau canadien (Ontario), Continuing Legal Education Program on *The Child and Family Services Act*, le 22 mars 1986:

[TRADUCTION] Une requête en révision du statut de l'enfant présuppose qu'il y a déjà eu une audience, que le tribunal a constaté que l'enfant avait besoin de protection et a rendu une ordonnance qui est toujours en vigueur. C'est cette ordonnance que vise la requête en révision du statut de l'enfant. Il s'agit nécessairement d'une ordonnance de surveillance, d'une ordonnance de tutelle par la société ou d'une ordonnance de tutelle par la Couronne.

La philosophie sous-jacente de la Loi, qui est de pondérer l'intérêt véritable des enfants par rapport à l'importance de l'intégrité de la cellule familiale, sans toutefois négliger les enfants ayant besoin de protection, doit être au premier plan de cette analyse. Gardant à l'esprit ces objectifs et les dispositions applicables aux requêtes en révision, je passerai maintenant au principal point soulevé en l'espèce: la corrélation entre les art. 57 et 63 et le test auquel il faut satisfaire relativement à une requête en révision du statut de l'enfant. Au départ, un bref examen de la jurisprudence est approprié.

La jurisprudence

Je n'ai pas l'intention de faire une revue exhaustive de la jurisprudence sur l'interprétation du rôle d'un tribunal saisi d'une requête en révision du statut de l'enfant, mais les quelques exemples qui suivent, démontrent, à mon avis, que les tribunaux ont de la difficulté à formuler la méthode appropriée.

Dans la décision *Children's Aid Society of Ottawa c. G.M.* (1978), 3 R.F.L. (2d) 226, le juge Lerner a statué, aux pp. 233 et 234:

[TRADUCTION] Si, «en partant de zéro», le juge avait l'intention de réexaminer si l'enfant avait besoin de protection à l'époque où il a rendu les deux autres ordon-

ous orders, he was in error. Those matters are res judicata.

nances, il a commis une erreur. Ces questions ont force de chose jugée.

When a court is determining whether the wardship should be terminated or continue, the judge should not determine whether an order of wardship should have been made in the previous or earlier hearings, but instead now consider whether continuation of the wardship in the current proceedings is in the best interests of the child without overlooking the parents' rights. In my respectful view that does not call for a rehearing which, in fact, would constitute a re-trial as if the original orders had not been made. It is my view that the current application should be to determine the circumstances of the parents or parent since the last order . . . , as it relates to the situation with respect to the child's custody, including her physical, mental and emotional state since that time and also whether there is now a lifestyle, including attitudes of the mother, that warrants the child being returned to the mother or to wardship. There, it is a matter of determining whether the circumstances require a further order. [Emphasis added.]

In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto and G. (C.)*, [1986] O.J. No. 1746 (Prov. Ct.) (Q.L.), Felstiner Prov. Ct. J., after having referred to the decision of Lerner J. in *G.M.*, held:

[In *G.M.*, *supra*], the Divisional Court concentrated on the principle that on a status review hearing, earlier findings should not be looked at, but rather the judge should "consider whether continuation of the wardship in the current proceedings is in the best interests of the child . . ." p. 234. This is the test which s. 61(1) now applies when it says that on an application for review of a child's status, the Court may do one of several things which are "in the child's best interests".

I conclude that a judge must turn his attention to the eight factors in s. 61(3), but his decision will be based on the best interests of the child as defined in s. 37(3). [Emphasis added.]

Comparable approaches have also been advanced in other provinces under similar legislation. In Nova Scotia, for example, in *Children's Aid Society of Halifax v. A. (M.)*, [1986] N.S.J. No. 423 (Fam. Ct.) (Q.L.), the court approached the review of the determination that a child was in need of protection with the child's best interest at the fore-

Lorsqu'un tribunal examine s'il y a lieu de mettre fin à la tutelle ou de la maintenir, le juge ne devrait pas déterminer si une ordonnance de tutelle aurait dû être rendue lors des audiences antérieures; il doit plutôt examiner si la continuation de la tutelle est dans l'intérêt véritable de l'enfant, tout en tenant compte des droits des parents. À mon humble avis, il n'y a pas lieu de tenir une nouvelle audience qui constituerait, en fait, un nouveau procès comme si les ordonnances initiales n'avaient pas été rendues. J'estime que la présente requête devrait permettre d'examiner d'une part, quelle a été la situation du père ou de la mère depuis la dernière ordonnance [. . .] du point de vue de la garde de l'enfant, y compris son état physique, mental et affectif depuis cette ordonnance, et d'autre part, si le mode de vie, y compris l'attitude de la mère, justifie le retour de l'enfant auprès de sa mère ou le maintien de la tutelle. Il s'agit de déterminer si les circonstances exigent une nouvelle ordonnance. [Je souligne.]

Dans la décision *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto and G. (C.)*, [1986] O.J. n° 1746 (C. prov.) (Q.L.), le juge Felstiner a conclu, après avoir examiné la décision du juge Lerner dans l'arrêt *G.M.*:

[TRANSDUCTION] [Dans la décision *G.M.*, précitée], la Cour divisionnaire est partie du principe que le juge ne devrait pas, au cours d'une audience en révision du statut, examiner les conclusions antérieures, mais devrait «examiner s'il est dans l'intérêt véritable de l'enfant de maintenir l'ordonnance de tutelle en l'espèce [. . .]» (p. 234). C'est le critère que le par. 61(1) applique maintenant lorsqu'il précise que le tribunal saisi d'une requête en révision du statut de l'enfant peut accomplir plusieurs choses qui sont «dans l'intérêt véritable de l'enfant».

Je conclus que le juge doit examiner les huit facteurs visés au par. 61(3), mais qu'il doit rendre sa décision dans l'intérêt véritable de l'enfant, au sens du par. 37(3). [Je souligne.]

Dans d'autres provinces, des lois similaires ont donné lieu à des approches comparables. Par exemple, en Nouvelle-Écosse, dans la décision *Children's Aid Society of Halifax c. A. (M.)*, [1986] N.S.J. n° 423 (Trib. fam.) (Q.L.), le tribunal a abordé la révision d'une décision selon laquelle un enfant avait besoin de protection en tenant compte

front of the analysis. However, consideration was also given to whether changes in the mother's situation were sufficient to preclude the need for the future protection of the child:

The test is: What is in the best interests of these children and not merely whether the mother has seen the light and is now prepared to be a good mother, while in the past, on her own admission, she was not such. The test is whether the mother has in fact turned a new leaf and whether she is now able to give to the children the care which is in her best interests. Good intentions are not sufficient. [Emphasis added.]

On the other hand, in *Children's Aid Society of Winnipeg v. Frohnen*, [1975] 2 W.W.R. 27, the Manitoba Court of Appeal concluded that, once the Children's Aid Society had established a child to be in need of protection, further applications by the society were to proceed only with regard to the best interests of the child and, as a consequence, there was no requirement for a finding of continuing need for protection on status review. The ratio of this decision has been commented upon by Jennifer MacKinnon in "Best Interests of the Child in Protection Hearings: A Move Away From Parental Rights?" (1980), 14 R.F.L. (2d) 119, at p. 124. She states:

Here the court held that on a further application by the society to extend an existing order of temporary wardship or to make it permanent, the only issue before the court is what should be done having regard to the best interests of the child. The effect of this decision would appear to be that after the society succeeds in obtaining an initial finding that the child is in fact in need of protection, then on any subsequent review application the best interests of the child governs such that the society on one hand and the parents on the other compete on equal grounds for the care of the child. [Emphasis added.]

While the Act's purpose is clear, the function of courts in a status review application hearing tends to be blurred by the reference to the numerous sections of the Act which, at first sight, may seem to be contradictory. In my view, they are not.

avant tout de son intérêt véritable. Toutefois, il a aussi examiné si les changements dans la situation de la mère suffisaient à écarter le besoin de protection future de l'enfant:

[TRADUCTION] Le critère est le suivant: Quel est l'intérêt véritable de ces enfants? Il ne s'agit pas simplement de se demander si la mère a pris conscience de son rôle et si elle est maintenant disposée à être une bonne mère, ce qu'elle a admis ne pas avoir été dans le passé. Le critère est de savoir si la mère a maintenant tourné la page et si elle est en mesure de donner à ses enfants les soins qui sont dans leur intérêt véritable. Les bonnes intentions ne suffisent pas. [Je souligne.]

Par ailleurs, dans l'arrêt *Children's Aid Society of Winnipeg c. Frohnen*, [1975] 2 W.W.R. 27, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que, lorsque la société d'aide à l'enfance a constaté que l'enfant a besoin de protection, ses autres demandes doivent être tranchées seulement en fonction de son intérêt véritable; c'est pourquoi il ne serait pas nécessaire d'établir, au cours d'une instance en révision de statut, l'existence d'un besoin continu de protection. Le fondement de cette décision a été discuté par Jennifer MacKinnon dans «Best Interests of the Child in Protection Hearings: A Move Away From Parental Rights?» (1980), 14 R.F.L. (2d), 119, à la p. 124:

[TRADUCTION] Le tribunal a statué en l'espèce que si la société présente une autre demande pour faire prolonger la durée d'une ordonnance provisoire de tutelle ou pour en faire une ordonnance permanente, la seule question que doit trancher le tribunal est de savoir ce qui doit être fait compte tenu de l'intérêt véritable de l'enfant. Cette décision semble avoir pour effet que si la société réussit à faire reconnaître que l'enfant a besoin de protection, dans toute requête subséquente en révision du statut de l'enfant, l'intérêt véritable de l'enfant occupe une telle place que la société d'une part, et le père ou la mère, d'autre part, sont sur un pied d'égalité lorsqu'ils se font concurrence pour les soins de l'enfant. [Je souligne.]

Si l'objet de la Loi est clair, le rôle d'un tribunal saisi d'une requête en révision a tendance à se perdre dans les nombreuses dispositions de la Loi, qui, à première vue, peuvent sembler contradictoires. À mon avis, elles ne le sont pas.

The Test

It is clear that it is not the function of the status review hearing to retry the original need for protection order. That order is set in time and it must be assumed that it has been properly made at that time. In fact, it has been executed and the child has been taken into protection by the respondent society. The question to be evaluated by courts on status review is whether there is a need for a continued order for protection. This is why I cannot agree with the respondent society and the Official Guardian that, once a finding of the need for protection has originally been made, there is no requirement, upon a status review, to consider whether the child is or is no longer in need of future protection. Children's needs are continually evolving as they are governed by occurrences in the lives of children and their families which cannot be held still in time. These ever-changing circumstances must be taken into account. In this regard, just as it is important to allow in new evidence in order that the court may have accurate and up-to-date knowledge of the situation at hand, similarly courts must continually evaluate the need for state intervention in order to insure that the objectives of the Act are being met. Macdonald J., in my view, was right to hold that the determination of continued need cannot be *res judicata* with respect to s. 57(1) of the Act.

The question as to whether the grounds which prompted the original order still exist and whether the child continues to be in need of state protection must be canvassed at the status review hearing. Since the Act provides for such review, it cannot have been its intention that such a hearing simply be a rubber stamp of the original decision. Equal competition between parents and the Children's Aid Society is not supported by the construction of the Ontario legislation. Essentially, the fact that the Act has as one of its objectives the preservation of the autonomy and integrity of the family unit and that the child protection services should operate in the least restrictive and disruptive manner, while at the same time recognizing the paramount objective of protecting the best interests of children, leads me to believe that consideration for the integrity of

Le test

Il est clair qu'une instance en révision du statut de l'enfant n'a pas pour objet de réexaminer l'ordonnance originale de protection. Cette ordonnance vaut pour une durée donnée, et l'on doit supposer qu'elle a correctement été rendue. En fait, elle a été exécutée et l'enfant a été confié à la protection de la société intimée. Le tribunal doit déterminer si le maintien de l'ordonnance de protection est nécessaire. C'est pourquoi, je ne saurais être d'accord avec la société intimée et le tuteur public qu'une fois établi le besoin de protection, il n'est plus nécessaire, au cours d'une instance en révision, d'examiner si l'enfant a besoin de protection à l'avenir. Les besoins des enfants changent continuellement en fonction des circonstances des enfants et des familles, qui évoluent avec le temps. Il faut tenir compte de l'évolution de leur situation. À cet égard, de même qu'il est important de recevoir de nouveaux éléments de preuve pour que le tribunal dispose de renseignements précis et à jour sur la situation en cause, les tribunaux doivent aussi continuellement se demander si l'intervention de l'État est nécessaire pour assurer le respect des objectifs de la Loi. À mon avis, le juge Macdonald a eu raison de tenir que la décision portant sur le besoin continu de protection ne saurait avoir force de chose jugée en ce qui concerne le par. 57(1) de la Loi.

Au cours de l'instance en révision du statut de l'enfant, le tribunal doit examiner si les motifs qui ont donné lieu à l'ordonnance originale existent toujours et si l'enfant continue d'avoir besoin de la protection de l'État. Puisque cette révision est prévue dans la Loi, elle ne saurait avoir pour but de donner tout simplement son imprimatur à la décision originale. La loi ontarienne n'appuie pas l'interprétation que les parents et la société doivent être mis sur un même pied d'égalité. Essentiellement, le fait que la Loi, tout en reconnaissant comme objectif principal la promotion de l'intérêt véritable de l'enfant, ait comme l'un de ses objectifs la préservation de l'autonomie et de l'intégrité de la cellule familiale et que les services de protection de l'enfance devraient fonctionner de la façon la moins limitative ou perturbatrice, m'amène à

the family unit and the continuing need of protection of a child must be undertaken.

The examination that must be undertaken on a status review is a two-fold examination. The first one is concerned with whether the child continues to be in need of protection and, as a consequence, requires a court order for his or her protection. The second is a consideration of the best interests of the child, an important and, in the final analysis, a determining element of the decision as to the need of protection. The need for continued protection may arise from the existence or the absence of the circumstances that triggered the first order for protection or from circumstances which have arisen since that time. As the Court of Appeal said:

We agree that a children's aid society, as the representative of the state, must continue to justify its intervention by showing that a court order is necessary to protect the child in the future.

Regardless of the conclusion reached at this first stage, the need for continued protection encompasses more than the examination of the events that triggered the intervention of the state in the first place. As the Court of Appeal further noted:

We do not agree, however, that this means, in the absence of proof of some deficiency in the present parenting capacity on the part of the natural parent, that the child must be returned to the care of the natural parent. A court order may also be necessary to protect the child from emotional harm, which would result in the future, if the emotional tie to the care givers, whom the child regards as her psychological parents, is severed. Such a factor is a well recognized consideration in determining the best interests of the child which, in our opinion, are not limited by the statute on a status review hearing.

This flexible approach is in line with the objectives of the Act, as it seeks to balance the best interests of children with the need to prevent indeterminate state intervention, while at the same time recognizing that the best interests of the child must always prevail. In this regard, I agree with the conclusions reached by Professor Phyllis Coleman in "A Proposal for Terminating Parental Rights: 'Spare the

croire qu'un examen de l'intégrité de la cellule familiale et du besoin continu de protection de l'enfant doit être entrepris.

Cet examen en révision du statut de l'enfant comporte deux volets. Le premier consiste à se demander si l'enfant continue d'avoir besoin de protection et doit, en conséquence, faire l'objet d'une ordonnance de protection. Le second concerne l'intérêt véritable de l'enfant, élément important, et en dernière analyse déterminant, de la décision quant au besoin de protection. La nécessité de continuer la protection peut découler de l'existence ou de l'inexistence de circonstances qui ont donné lieu à la première ordonnance de protection ou qui se sont produites depuis. Comme l'affirme la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Nous sommes d'accord pour dire que la société d'aide à l'enfance, en tant que représentante de l'État, doit continuer de justifier son intervention en établissant qu'une ordonnance est nécessaire afin de protéger l'enfant à l'avenir.

Quelle que soit la conclusion tirée à cette première étape, le besoin de continuer la protection comprend davantage que l'examen des événements qui ont déclenché l'intervention initiale de l'État. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Cependant, nous ne sommes pas d'accord pour dire que cela signifie, en l'absence d'une preuve que la mère naturelle est incapable de s'acquitter de ses responsabilités parentales, que l'enfant doit lui être rendu. Une ordonnance peut également être nécessaire afin de protéger l'enfant contre les problèmes affectifs qui résulteraient de la rupture des liens affectifs avec les responsables des soins que l'enfant considère comme ses parents psychologiques. Ce facteur est une considération bien connue dans l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant, qui n'est pas, à notre avis, restreint par la loi dans une instance en révision du statut de l'enfant.

Cette démarche souple est compatible avec les objectifs de la Loi car elle cherche à soupeser l'intérêt véritable de l'enfant par rapport à la nécessité d'empêcher que l'intervention de l'État ne se poursuive indéfiniment, tout en permettant de reconnaître que l'intérêt véritable de l'enfant doit toujours prédominer. À cet égard, je suis d'accord avec les conclusions du professeur Phyllis Cole-

Parent, Spoil the Child” (1993), 7 *Am. J. Fam. L.* 123, at p. 133:

Focus on parental fitness is inappropriate in many termination cases. Rather, when the child is young, emphasis should be on needs and interests of the child. . . . [P]arental rights should be terminated if . . . it is determined it would be in the best interests of the child to terminate.

Thus, the best interests of a child under the Act are to be decided through the balancing of all the considerations set out in s. 37(3), including consideration for the family, the importance of the continuity of care, the child's physical, emotional and psychological needs as well as the other criteria set out in s. 65(3). In determining what is in the child's best interest, the Act provides extensive guidance. Notwithstanding the specific provisions of the Act, however, traditional discussions with respect to best interests remain highly relevant. Especially apposite to the case at hand is the English Court of Appeal's appreciation of the breadth of best interests in *In re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143, at p. 148:

The dominant matter for the consideration of the Court is the welfare of the child. But the welfare of a child is not to be measured by money only, nor by physical comfort only. The word welfare must be taken in its widest sense.

This wide approach was accepted in *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273, in which the Ontario Court of Appeal concluded, at p. 287, that the benefit of a child's bond to her mother was encompassed within the best interest test:

I conclude, therefore, that it is the duty of the court to view all the circumstances relevant to what is in the interest of a child, including a consideration as to whether the evidence disclosed that the child would benefit from the tie of a child to its mother.

The wide focus of the best interests test encompasses an examination of the entirety of the situation and thus includes concerns arising from emo-

man dans «A Proposal for Terminating Parental Rights: 'Spare the Parent, Spoil the Child'» (1993), 7 *Am. J. Fam. L.* 123, à la p. 133:

a [TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit de terminer une ordonnance de protection, il arrive souvent qu'il ne convienne pas de mettre l'accent sur les aptitudes des parents. Lorsque l'enfant est jeune, l'accent doit être mis sur ses besoins et son intérêt [. . .] [L]es droits des parents doivent être mis de côté si [. . .] cela s'avère être dans l'intérêt véritable de l'enfant.

Par conséquent, l'intérêt véritable de l'enfant que prévoit la Loi doit être établi par une pondération de toutes les considérations visées au par. 37(3), dont la famille, l'importance de la continuité des soins, les besoins physiques, mentaux et affectifs de l'enfant, et les autres critères prévus au par. 65(3). La Loi contient nombre d'indices pour déterminer ce en quoi consiste l'intérêt véritable de l'enfant. Toutefois, nonobstant les dispositions spécifiques de la Loi, les notions traditionnelles du meilleur intérêt de l'enfant demeurent fort pertinentes. Par exemple, l'appréciation de cet intérêt que la Cour d'appel de l'Angleterre a faite dans l'arrêt *In re McGrath*, [1893] 1 Ch. 143, à la p. 148, est tout particulièrement pertinente en l'espèce:

f [TRADUCTION] La question primordiale dont la cour doit se préoccuper est le bien-être de l'enfant. Cependant le bien-être de l'enfant ne se mesure pas uniquement en argent ou en confort matériel. Le terme bien-être doit s'entendre dans son sens le plus large.

g Cette conception libérale a été acceptée dans l'arrêt *Re Moores and Feldstein* (1973), 12 R.F.L. 273, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a conclu, à la p. 287, que le test du meilleur intérêt de l'enfant comprend le bénéfice que tire un enfant de son lien avec sa mère:

i [TRADUCTION] En conséquence, je conclus que la Cour a le devoir de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes pour déterminer ce qui est de l'intérêt de l'enfant, incluant la preuve que l'enfant tirerait profit du lien avec sa mère.

j La portée générale du test du meilleur intérêt de l'enfant englobe l'examen de la situation dans son ensemble, notamment des préoccupations reliées

tional harm, psychological bonding and the child's desires, which the Act contemplates as well.

Within the realm of best interests perhaps the most important factor in the present case, as probably in many others, is regard to the psychological bonding of a child to her or his foster family. Section 37(3) imports such considerations as the relevance of a child's emotional needs, the significance of continuity of care and the child's views. In *C.C.A.S. of Metro. Toronto v. H. (K.)* (1987), 6 R.F.L. (3d) 1 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)), reversed (1988), 21 R.F.L. (3d) 115 (Ont. Dist. Ct.), affirmed (*sub nom. G. (C.) v. H. (J.)*) (1989), 23 R.F.L. (3d) 300 (Ont. C.A.), in reversing the trial judge's finding, the District Court concluded that the judge of first instance had failed to give sufficient weight to the evidence of the potential for long-term psychological harm that may arise from the child's being separated from his psychological parents. In *G. (A.) v. C.C.A.S., Metro. Toronto*, Ont. Gen. Div., No. 105/89, September 19, 1990, summarized at [1990] W.D.F.L. 1222, Matlow J., dismissing the appeal of the child's birth mother from an order for Crown wardship without access, relied on the fact that harm would be caused to the child by removing him from his foster family. Such considerations are not limited to child welfare cases, nor are they new. In fact, this Court examined the importance of bonding to psychological parents in *Racine v. Woods, supra*, at p. 188:

The real issue is the cutting of the child's legal tie with her natural mother. This is always a serious step and clearly one which ought not to be taken lightly. However, adoption — given that the adoptive home is the right one and the trial judge has so found in this case — gives the child secure status as the child of two loving parents. While the Court can feel great compassion for the respondent, and respect for her determined efforts to overcome her adversities, it has an obligation to ensure that any order it makes will promote the best interests of her child. This and this alone is our task.

aux problèmes affectifs, à l'attachement psychologique et aux désirs de l'enfant, que la Loi vise également.

Dans l'examen de la question de l'intérêt véritable de l'enfant, l'attachement psychologique de l'enfant à sa famille d'accueil est peut-être, dans notre cas et probablement dans de nombreux autres, le facteur le plus important. Le paragraphe 37(3) implique des considérations comme la pertinence des besoins affectifs de l'enfant, l'importance de la continuité en ce qui concerne les soins à fournir à l'enfant ainsi que le point de vue de l'enfant. Dans l'arrêt *C.C.A.S. of Metro. Toronto c. H. (K.)* (1987), 6 R.F.L. (3d) 1 (C.P. Ont. (Div. fam.)), infirmé par (1988), 21 R.F.L. (3d) 115 (C. Dist. Ont.), confirmé par (*sub nom. G. (C.) c. H. (J.)*) (1989), 23 R.F.L. (3d) 300 (C.A. Ont.), la Cour de district a infirmé la décision du juge de première instance et conclu qu'il n'avait pas accordé suffisamment d'importance à la preuve que l'enfant risquait de subir un préjudice psychologique à long terme s'il était séparé de ses parents psychologiques. Dans l'arrêt *G. (A.) c. C.C.A.S., Metro. Toronto*, Div. gén. Ont., n° 105/89, le 19 septembre 1990, résumé dans [1990] W.D.F.L. 1222, rejetant l'appel de la mère naturelle de l'enfant à l'encontre de l'ordonnance de tutelle par la Couronne, sans droit de visite, le juge Matlow s'est fondé sur le fait que l'enfant subirait un préjudice sérieux s'il était retiré de chez sa famille d'accueil. Des considérations de ce genre ne sont pas limitées aux seules affaires concernant le bien-être des enfants, et ne sont pas nouvelles. En fait, notre Cour a examiné l'importance de l'attachement envers les parents psychologiques dans l'arrêt *Racine c. Woods*, précité, à la p. 188:

La question véritable concerne la rupture du lien juridique entre l'enfant et sa mère naturelle. Il s'agit toujours là d'une décision grave qui ne doit pas être prise à la légère. Cependant, si le foyer adoptif est le foyer qui convient, comme l'a conclu le juge de première instance en l'espèce, l'adoption procure à l'enfant la sécurité de se savoir aimée de son père et de sa mère. L'intimée a toute la compassion de la Cour et son respect pour les efforts soutenus qu'elle a faits pour surmonter ses difficultés, mais la Cour a l'obligation de s'assurer que sa décision favorise l'intérêt de son enfant. C'est là notre seule tâche.

In *King v. Low*, *supra*, at p. 101, McIntyre J. held:

... the dominant consideration to which all other considerations must remain subordinate must be the welfare of the child. ... The welfare of the child must be decided on a consideration of these and all other relevant factors, including the general psychological, spiritual and emotional welfare of the child. It must be the aim of the Court, when resolving disputes between rival claimants for the custody of a child, to choose the course which will best provide for the healthy growth, development and education of the child so that he will be equipped to face the problems of life as a mature adult. Parental claims must not be lightly set aside, and they are entitled to serious consideration in reaching any conclusion. Where it is clear that the welfare of the child requires it, however, they must be set aside.

These concerns apply in matters of guardianship, as well. (See *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073, at p. 1079.)

Among the factors in evaluating the best interests of a child, the emotional well-being of a child is of the utmost importance, particularly where the evidence points to possible long-term adverse consequences resulting from the removal of the child from his or her foster family and the return to his or her birth parents. The focus of maintaining family units is only commensurate as long as it is in the best interests of the child, otherwise it would be at cross-purposes with the plain objectives of the Act, as Wilson J. noted in *Racine v. Woods*, *supra*, at p. 185:

... it is the parental tie as a meaningful and positive force in the life of the child and not in the life of the parent that the court has to be concerned about. As has been emphasized many times in custody cases, a child is not a chattel in which its parents have a proprietary interest; it is a human being to whom they owe serious obligations.

Finally, it is clear that the best interests of a child require different solutions over time and such interests may have to take precedence over any parental interests. As was recently said in *Young v.*

Dans l'arrêt *King c. Low*, précité, à la p. 101, le juge McIntyre a affirmé que:

... la considération primordiale à laquelle toutes les autres considérations doivent rester subordonnées doit être le bien-être de l'enfant. [...] Le bien-être de l'enfant doit être déterminé en tenant compte de ces facteurs et de tous les autres éléments pertinents, dont le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. Lorsque la Cour est appelée à trancher des différends entre des parties réclamant la garde d'un enfant, elle doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte. Les demandes des parents ne doivent pas être écartées à la légère et il faut les examiner avec attention avant d'en arriver à une décision. Cependant, elles doivent être écartées lorsqu'il est évident que le bien-être de l'enfant l'exige.

Il faut également tenir compte de ces préoccupations en matière de tutelle. (Voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073, à la p. 1079.)

Parmi les facteurs servant à cerner l'intérêt véritable, celui du bien-être affectif d'un enfant revêt une très grande importance, particulièrement lorsque la preuve révèle que retirer l'enfant de sa famille d'accueil pour le retourner chez ses parents naturels risquerait d'entraîner des conséquences négatives à long terme. Le maintien de la cellule familiale occupe une place importante seulement s'il est dans l'intérêt véritable de l'enfant; favoriser le contraire irait à l'encontre des objectifs clairs de la Loi, comme l'a fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Racine c. Woods*, précité, à la p. 185:

... la cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l'enfant, et non dans la vie du parent. Comme on l'a souvent souligné dans les affaires de garde d'enfant, un enfant n'est pas un bien sur lequel les parents ont un droit de propriété; c'est un être humain envers lequel ils ont des obligations sérieuses.

Enfin, il est clair que l'intérêt véritable d'un enfant exigera au fil des ans des solutions différentes; il se peut même que cet intérêt l'emporte sur celui du père ou de la mère, comme l'a récem-

Young, supra, at p. 60, the "furtherance and protection of the child's best interests must take priority over the desires and interests of the parent". Further, as examined in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G. and S.A.* (1989), 100 N.B.R. (2d) 357, at p. 360, a child's best interests must take precedence over all other considerations including the effect of delay:

While it is correct to say there were administrative delays in the processing of the guardianship application in this case, there is no proof that the delays were deliberate or that there was any bad faith on the part of anyone involved in the proceedings. Moreover it is to be observed that the trial judge never lost sight of the fact that the sole issue before him was to determine what was in the "best interest" of the child S.G. Jr.

Other cases which have reached similar conclusions include: *Langille v. Children's Aid Society of Halifax*, N.S.C.A., June 18, 1993, unreported; *Winnipeg Child & Family Services v. F.(A.C.)* (1992), 42 R.F.L. (3d) 337 (Man. C.A.), and, most recently, *Tearoe v. Sawan*, B.C.C.A., Victoria Registry No. V01916, August 19, 1993, unreported.

Application to the Facts of the Case

On the factors arising on a status review hearing, the need for continued protection in the case at hand seems to be easily established. The determination of whether the child continues to be in need of protection cannot solely focus on the parent's parenting ability, as did Bean Prov. Ct. J., but must have a child-centred focus and must examine whether the child, in light of the interceding events, continues to require state protection. The fact that S.M. has been in the care of the respondent society for such an extended period of time and has exhibited unequivocal resistance to any recent attempt to institute access with her birth mother, in combination with the fact that her birth mother had difficulty in recognizing S.M.'s emotional and psychological needs and has even reprimanded her for not wanting to see her, together with all circumstances revealed by the evidence is, in my view, sufficient to justify continued state intervention. A notable factor is that the bonding

ment affirmé l'arrêt *Young c. Young*, précité, à la p. 60: «la poursuite et la protection de cet intérêt doivent donc avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent». Par ailleurs, comme l'a déterminé l'arrêt *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. S.G. et S.A.* (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 357 (C.A.), à la p. 360, l'intérêt de l'enfant doit l'emporter sur toute autre considération, y compris l'effet du délai:

Même s'il est juste de dire qu'il y a eu des retards administratifs dans l'instruction de la demande de tutelle en l'espèce, rien ne prouve que les retards étaient intentionnels ou qu'il y a eu mauvaise foi de la part de quiconque mis en cause dans les procédures. En outre, on doit faire remarquer que le juge du procès n'a jamais perdu de vue que la seule question qu'il devait régler était celle de l'intérêt supérieur de l'enfant S.G. Jr.

Les tribunaux en sont arrivés à des conclusions similaires dans les arrêts suivants: *Langille c. Children's Aid Society of Halifax*, C.A.N.-É., le 18 juin 1993, inédit; *Winnipeg Child & Family Services c. F.(A.C.)* (1992), 42 R.F.L. (3d) 337 (C.A. Man.), et, plus récemment, *Tearoe c. Sawan* (C.A.C.-B.), greffe de Victoria n° V01916, le 19 août 1993, inédit.

Application aux faits en l'espèce

Parmi les facteurs dont il faut tenir compte au cours d'une instance en révision du statut de l'enfant, celui du besoin continu de protection de l'enfant en l'espèce semble être facile à prouver. Pour déterminer si l'enfant continue d'avoir besoin de protection, on ne peut, comme l'a fait le juge Bean, mettre l'accent uniquement sur la capacité du père ou de la mère à assumer leurs responsabilités; il faut plutôt mettre l'accent sur l'enfant et examiner si celui-ci, compte tenu des circonstances, continue d'avoir besoin de la protection de l'État. Puisque S.M. a depuis si longtemps été confiée aux soins de la société intimée et qu'elle s'est catégoriquement opposée à toute tentative récente de visite par sa mère naturelle, et vu que la mère naturelle éprouve de la difficulté à reconnaître les besoins affectifs et psychologiques de S.M. et qu'elle l'a même réprimandée pour avoir refusé de la voir, et enfin, compte tenu de l'ensemble des circonstances révélées par la preuve, ces constatations suffisent,

between birth mother and child has not developed and the child has not displayed any desire to be with her birth mother; quite the contrary, as exhibited by the failed attempts to institute access following the order of McLachlin J. on August 23, 1993. Neither has it been demonstrated that C.M. has now acquired the capabilities independently of the possible improvement to her mental health to be supportive of the child's needs. In my view, based on the evidence before the Court of Appeal, the court was right to conclude that continued intervention is required for the protection of S.M.'s physical, emotional and psychological well-being. The further evidence before us confirms that the situation, as evidenced before the Court of Appeal, has not improved or changed to the point where the continued need for protection no longer exists.

Similarly, the child's best interests seem to converge on the child's lack of bonding with her birth mother and the real bonding with her foster family. Her emotional and psychological needs, as well as the harm that may arise as a result of the child's being removed from the care of her foster family, are at the forefront of the analysis. The improvements that C.M. seems to have made with respect to her parenting skills, the fact that she continues to want to see her child and to be her caregiver, as well as the fact that she seems to have had no psychiatric relapses over the last four years (evidence of Dr. Frederico Allodi), have to be balanced with the reality that, for almost five years of her seven-year existence, since March 1989 S.M. has been in the care of her present foster family towards which she has demonstrated a real and sincere attachment. According to the fresh evidence, as well as the whole of the evidence, there has been an early bonding with S.M.'s foster family which has been cemented in time. Finally, her expressed desire to remain with this family cannot be ignored.

That the length of these proceedings may have been one of the factors which has contributed to

à mon avis, à justifier la continuation de l'intervention de l'État. Il importe de signaler que l'attachement entre la mère naturelle et l'enfant ne s'est pas matérialisé et que l'enfant n'affiche aucun désir d'être avec sa mère naturelle; c'est plutôt l'inverse comme le démontre l'échec des tentatives de visite à la suite de l'ordonnance du juge McLachlin rendue le 23 août 1993. On n'a pas démontré non plus, indépendamment du fait qu'il y aurait eu amélioration de la santé mentale de C.M., que celle-ci possède maintenant la capacité de voir aux besoins de l'enfant. À mon avis, d'après la preuve dont elle disposait, la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'intervention continue de l'État était nécessaire pour assurer le bien-être physique, affectif et psychologique de S.M. La preuve supplémentaire déposée devant nous confirme que la situation décrite dans la preuve déposée devant la Cour d'appel, ne s'est pas améliorée ou n'a pas changé à un point tel que le besoin de protection n'existerait plus.

De même, l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant semble converger sur l'absence d'attachement de S.M. pour sa mère naturelle et son attachement réel pour sa famille d'accueil. Ses besoins affectifs et psychologiques ainsi que les problèmes qu'elle risque de rencontrer si elle est retirée de sa famille d'accueil sont au premier rang de cette analyse. Les améliorations que C.M. semble avoir apportées à sa capacité de parent, le désir qu'elle a de continuer de voir son enfant et de lui fournir les soins requis et le fait qu'elle ne semble pas avoir eu de rechute de nature psychiatrique au cours des quatre dernières années (selon le témoignage du Dr Frederico Allodi) doivent être soupesés au regard de la réalité que, pendant presque cinq des sept années de son existence, S.M. a été confiée, depuis mars 1989, aux soins de sa famille d'accueil, pour laquelle elle a démontré un attachement réel et sincère. D'après la nouvelle preuve et l'ensemble de la preuve, S.M. s'est attachée très tôt à sa famille d'accueil et ce lien s'est affermi au fil des ans. Enfin, on ne saurait ignorer que l'enfant a manifesté le désir de demeurer avec cette famille.

Il est certain que la durée des procédures a peut-être été l'un des facteurs qui a contribué à l'atta-

the attachment of S.M. for her foster family, and thus increased the emotional harm that would result from her removal from them, is a fact that is inescapable. The passage of time in matters of child custody and welfare over extended periods may, unfortunately, carry a heavy burden for all concerned. This is recognized by the Act in that a number of provisions mandate the timely resolution of cases and impose time limits on Children's Aid Society involvement with a family. In particular, s. 70(1), earlier reproduced, provides that proceedings under the Act should be completed within a two-year period. In the case at hand, Macdonald J. clearly turned her mind to this concern when she stated:

In this case, the intention of the *CFSA* and in particular section 70 have clearly been violated. Had section 70 been adhered to, the psychological bonding that has occurred between [S.M.] and her foster home would not have occurred to the extent that it has.

My comments about the violation of s. 70 are not a criticism of any of the parties; it is a comment on the lethargy of the legal process which, unfortunately in this case, has thwarted the intentions of the *CFSA*.

I share Macdonald's J.'s concerns with regard to the importance of reaching a speedy resolution of matters affecting children. The Act requires it and common sense dictates it. A few months in the life of a child, as compared to that of adults, may acquire great significance. Years go by crystallizing situations that become irreversible. This is exactly what happened here. The first time that S.M. was removed from the care of her birth mother she was one month old. The situation could have been easily remedied had the birth mother then been in a position to care for her daughter adequately. This did not happen. Now, over seven years later, the situation has drastically changed and, although the argument raised by the appellant in relation to delay is well taken, looking at the totality of the evidence and circumstances of the child, it has become inevitable that it is in S.M.'s best interests to be made a ward of the respondent society, with a view to her adoption by her foster

chement de S.M. pour sa famille d'accueil et qui a, en fait, intensifié les problèmes affectifs que l'enfant risquerait de rencontrer si on la retirait de cette famille. En matière de garde et de bien-être des enfants, les longs délais peuvent malheureusement entraîner de lourdes conséquences pour toutes les personnes en cause. C'est un fait que reconnaît la Loi, car bon nombre de ses dispositions exigent le règlement des dossiers dans les meilleurs délais et prévoient une durée maximale pour l'interaction de la société d'aide à l'enfance avec une famille. Plus particulièrement, le par. 70(1), déjà reproduit, prévoit que toute procédure prise en vertu de la Loi doit être terminée dans un délai de deux ans. En l'espèce, le juge Macdonald s'est clairement penchée sur ce point lorsqu'elle a affirmé:

[TRADUCTION] En l'espèce, il y a clairement eu violation de l'esprit de la *Loi*, plus particulièrement de l'art. 70. Si l'on avait respecté cette disposition, l'attachement psychologique qui s'est produit entre [S.M.] et sa famille d'accueil n'aurait pas eu une telle ampleur.

Mes commentaires sur la violation de l'art. 70 ne se veulent pas une critique des parties; ce sont des commentaires sur la léthargie du système judiciaire, qui, en l'espèce, a malheureusement contrecarré l'esprit de la *Loi*.

Je partage les vues du juge Macdonald en ce qui a trait à l'importance de régler avec diligence les questions concernant les enfants. La Loi l'exige et le bon sens l'impose. Quelques mois dans la vie d'un enfant, contrairement à celle d'un adulte, peuvent avoir une grande importance. Au fil des ans, il y a cristallisation de situations qu'il devient impossible de changer. C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. La première fois que S.M. a été retirée de chez sa mère naturelle, elle avait un mois. Il aurait été possible de remédier facilement à la situation si la mère naturelle avait alors été en mesure de s'occuper convenablement de sa fille. Ce n'est pas ce qui s'est produit. Maintenant, plus de sept ans plus tard, la situation a beaucoup changé et, bien que notre Cour ait pris bonne note de l'argument formulé par l'appelante relativement au délai, si l'on examine l'ensemble de la preuve et des circonstances se rapportant à l'enfant, il est devenu inévitable qu'il est dans l'intérêt véritable

family. The Court of Appeal so found and I concur.

A last matter remains to be dealt with, that is, access to S.M. by the appellant.

Access

Once Crown wardship has been ordered, s. 58(1) of the Act creates a presumption against access. Section 59(2) specifies the unusual circumstances in which access can be ordered. The burden is that of the applicant (the appellant herein). (See *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)*, *supra*, at p. 335.) In the present case, none of the exceptions set out in s. 59(2) is applicable and none has been proven. Permanent placement has been established with a family who wishes to adopt S.M.; S.M. is under twelve years of age; and further, she refuses to maintain contact with her mother. In the presence of such overwhelming evidence, the appellant has been unable to discharge her burden under the Act. Although there may be cases where temporary or transitional access could be beneficial to the child, in the present case the situation does not appear, realistically, to allow for such a solution. Consequently, the Act must apply. The strong evidence provided by Dr. Wilkes and Ms. De Sousa leaves little room for any order other than that of Crown wardship without access, in the best interests of S.M.

Conclusion

While cases of this nature necessarily imply the application of statutes and legal norms, they inescapably touch on human emotions and are inextricably linked when the determination of the fate of young children and the natural desire of parents to bring up their children collide. Every judge in this country would probably prefer not to have to make these difficult decisions. But, in the last resort,

de S.M. d'être prise en tutelle par la société intimée, en vue de son adoption par sa famille d'accueil. C'est ce qu'a conclu la Cour d'appel et j'y souscris.

Il reste une dernière question à examiner, celle du droit de visite de S.M. par l'appelante.

Droit de visite

Une fois prononcée une ordonnance de tutelle par la Couronne, le par. 58(1) de la Loi crée une présomption de révocation du droit de visite. Le paragraphe 59(2) précise les circonstances exceptionnelles où une ordonnance de visite peut être rendue. C'est le demandeur (l'appelante en l'espèce) qui a le fardeau de preuve. (Voir l'arrêt *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S. (S.M.)*, précité, à la p. 335.) En l'espèce, aucune des exceptions visées au par. 59(2) n'est applicable, et aucune n'a été prouvée. On a établi un placement permanent dans une famille qui désire adopter S.M.; celle-ci est âgée de moins de douze ans et, de plus, elle refuse de rester en contact avec sa mère. En présence d'une preuve aussi écrasante, l'appelante n'a pas été en mesure de s'acquitter de la charge que lui imposait la Loi. Il peut certes y avoir des cas où l'octroi d'un droit de visite temporaire ou provisoire pourrait être avantageux pour un enfant, mais cette solution ne paraît pas être réaliste en l'espèce. En conséquence, la Loi doit s'appliquer. Compte tenu de la preuve solide présentée par le Dr Wilkes et Mme De Sousa, la seule ordonnance qui puisse être rendue, dans l'intérêt véritable de S.M., est une ordonnance de tutelle par la Couronne, sans droit de visite.

Conclusion

Bien que les cas de cette nature emportent implicitement l'application de lois et de normes juridiques, ils touchent inéluctablement les émotions humaines et sont inextricablement liés lorsqu'il existe un conflit entre le sort de jeunes enfants et le désir naturel du père et de la mère d'élever leurs enfants. Tous les juges de ce pays préféreraient probablement ne pas avoir à prendre ces décisions difficiles. Toutefois, ce sont les tribunaux qui, en

courts have to decide and, in order to decide, the law as written by legislatures must be their guide.

The law that courts must apply in the present case is the Ontario *CFSA* which, properly interpreted, mandates a careful balancing of its paramount objective of the best interests of the child with the value of maintaining the family unit and minimizing state intervention. In the case at bar, the protection orders issued at diverse periods of this child's early life were mandated by her need for protection and her best interests. Once this path had been followed and time went by before the situation could be redressed, in spite of the cooperation of all parties, one has to face the reality that new bonds will necessarily form between the child and her foster family, bonds that may be very detrimental to the child to sever at a given point and which are certainly better than having no bonds at all. The fact that S.M. had to be removed from her mother at a very early stage in her young life and that such further removal was found to be necessary in her best interests on many other occasions paved the way for the final disposition of this case, a disposition which became almost inevitable as the years went by. Although S.M.'s birth mother is obviously attached to her daughter, she has been unable over the last six years to cope with all her needs adequately. During these same years, her daughter has become more emotionally attached to her foster family, more distant from her birth mother and more adverse to any interaction with her.

As I stated earlier, time is of the essence in proceedings concerning the welfare of children. Every effort should be made to accelerate hearings of these matters so as to minimize any prejudice to all parties and to avoid that a certain state of affairs occurs.

Obviously, there are no easy solutions to these painful situations. However, with the added insight arising from the fresh evidence before us and in application of the *CFSA*, the appellant has failed to

dernier ressort, doivent décider et, à cette fin, les lois rédigées par les législatures leur servent de guide.

En l'espèce, les tribunaux doivent appliquer la Loi de l'Ontario, qui, si on l'interprète correctement, exige que soit soigneusement soupesé l'objectif principal, qui est de promouvoir l'intérêt véritable de l'enfant, par rapport à l'importance du maintien de la cellule familiale et à la minimisation de l'intervention de l'État. En l'espèce, c'est dans l'intérêt véritable de l'enfant et en raison de son besoin de protection que les ordonnances de protection ont été rendues à divers moments de la vie de l'enfant. Une fois cette voie empruntée et le fait que des années se soient écoulées avant que la situation puisse être redressée, et ce malgré la coopération de toutes les parties, il faut faire face à la réalité que de nouveaux liens se formeront nécessairement entre l'enfant et sa famille d'accueil; la rupture de ces liens à un moment donné, liens qui sont certainement préférables à l'absence totale de liens, risque de causer un très grand préjudice à l'enfant. Le fait d'avoir eu à retirer S.M. de chez sa mère lorsqu'elle était en très bas âge et ce retrait à répétition depuis dans son intérêt véritable ont préparé la voie au résultat final du présent pourvoi, résultat devenu presque inévitable avec les ans. Bien que la mère naturelle de S.M. soit de toute évidence attachée à sa fille, elle n'a pas été en mesure au cours des six dernières années de répondre convenablement à tous ses besoins. Au cours de cette période, l'enfant est devenu de plus en plus attachée affectivement à sa famille d'accueil, plus distante envers sa mère naturelle et plus hostile à toute interaction avec elle.

Comme je l'ai déjà mentionné, le temps est crucial dans les procédures concernant la protection des enfants. Tous les efforts doivent être mis en œuvre pour accélérer les audiences dans ces matières afin de réduire au minimum le préjudice pour toutes les parties et d'éviter qu'une certaine situation de fait ne s'installe.

De toute évidence, ces situations pénibles ne se prêtent pas à des solutions faciles. Toutefois, compte tenu de l'éclairage apporté par la nouvelle preuve déposée devant nous et conformément à la

demonstrate that it is in the best interests of S.M. that she be returned to C.M.'s care. Applying the proper test on a status review hearing, the respondent society has demonstrated the continued need of protection of S.M. as well as that it is in her best interest to remain in the care of the respondent society as a Crown ward without access, for the purposes of adoption.

In the result, I would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Mang, Steinberg & Skultety, Toronto.

Solicitor for the respondent Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, Toronto.

Solicitor for the respondent the Official Guardian: Office of the Official Guardian, Toronto.

Loi, l'appelante n'a pas réussi à établir qu'il est dans l'intérêt véritable de S.M. qu'elle soit de nouveau confiée à ses soins. Si l'on applique le test qui régit les instances en révision du statut de l'enfant, la société intimée a démontré que S.M. a un besoin continu de protection et qu'il est dans son intérêt véritable qu'elle continue de relever d'elle, en qualité de pupille de la Couronne, et ce sans droit de visite, en vue de son adoption.

En définitive, je rejeterais l'appel, le tout sans frais.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Mang, Steinberg & Skultety, Toronto.

Procureur de l'intimée la Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, Toronto.

Procureur de l'intimé le tuteur public: Bureau du tuteur public, Toronto.

Willmor Discount Corporation Appellant

v.

City of Vaudreuil Respondent

INDEXED AS: WILLMOR DISCOUNT CORP. v. VAUDREUIL (CITY)

File No.: 23220.

1994: February 1; 1994: May 5.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Obligations — Recovery of thing not due — Appellant's immovables acquired by City following sale for taxes and resold to third party prior to judgment quashing tax by-law and sale for taxes — Whether appellant could bring action to recover thing not due.

Prescription — Recovery of taxes — Appellant's immovables acquired by City in 1972 following sale for taxes and resold to third party prior to judgment quashing tax by-law and sale for taxes — Restitution of immovables in kind impossible — New action alleging fraudulent sale brought by appellant in 1984 and amended in 1987 to plead sale of another's property and claim payment of price received by City — Whether appellant's new action prescribed — Civil Code of Lower Canada, art. 2224 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 586.

The respondent City put the appellant company's immovables up for sale at public auction for non-payment of taxes imposed by two borrowing by-laws. The appellant did not object to the sale and in December 1972, as there were no bidders, the City acquired the immovables for the amount of the taxes owing. In its action brought nearly a year later, the appellant asked the court to quash the borrowing by-laws and the sale. The City sold the immovables to a third party in 1974 and they were resold several times in subsequent years. In 1978 the Superior Court declared the two borrowing by-laws and the sale for taxes to be null and void. In December 1981 the Court of Appeal affirmed the nullity of one of the by-laws and the nullity of the sale. In February 1984 the appellant brought a new action against

Willmor Discount Corporation Appelante

c.

^a **Ville de Vaudreuil** Intimée

RÉPERTORIÉ: WILLMOR DISCOUNT CORP. c. VAUDREUIL (VILLE)

^b N° du greffe: 23220.1994: 1^{er} février; 1994: 5 mai.^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Obligations — Répétition de l'indu — Immeubles de l'appelante acquis par la ville à la suite d'une vente pour taxes et revendus à un tiers avant le jugement annulant le règlement d'imposition et la vente pour taxes — L'appelante pouvait-elle exercer un recours en répétition de l'indu?*

^e *Prescription — Répétition de taxes — Immeubles de l'appelante acquis par la ville en 1972 à la suite d'une vente pour taxes et revendus à un tiers avant le jugement annulant le règlement d'imposition et la vente pour taxes — Restitution en nature des immeubles impossible — Nouvelle action alléguant vente frauduleuse intentée par l'appelante en 1984 et amendée en 1987 pour invoquer la vente du bien d'autrui et réclamer le paiement du prix reçu par la ville — La nouvelle action de l'appelante est-elle prescrite? — Code civil du Bas-Canada, art. 2224 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 586.*

^h La ville intimée met en vente à l'enchère publique les immeubles de la compagnie appelante vu son défaut de payer les taxes imposées par deux règlements d'emprunt. L'appelante ne s'oppose pas à la vente et, en décembre 1972, la ville acquiert, faute d'enchérisseur, les immeubles pour le montant des taxes dues. Dans son action intentée près d'un an plus tard, l'appelante demande l'annulation des règlements d'emprunt et l'annulation de la vente. La ville vend les immeubles à un tiers en 1974 et ces immeubles seront revendus à quelques reprises au cours des années subséquentes. En 1978, la Cour supérieure déclare la nullité des deux règlements d'emprunt et de la vente pour taxes. La Cour d'appel confirme la nullité d'un seul des règlements et la nullité de la vente en décembre 1981. En février 1984,

the City for fraudulent sale and claimed damages from it. It amended its statement of claim in 1987 to plead a sale of another's property and claim payment of the price received. It also added an alternative conclusion claiming unjust enrichment. The Superior Court dismissed the action. It concluded that the constituent elements of recovery of a thing not due were not present and was of the view that the appellant's action should have been in damages but that that action was prescribed. The Court of Appeal affirmed this judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The basis of the action brought by the appellant in 1973 may be likened to the recovery of a thing not due. To determine whether the recovery of a thing not due is an appropriate remedy, it is necessary to consider whether the City received anything from the appellant in error or whether the latter paid a debt in the erroneous belief that it owed the debt. This question was decided by the Court of Appeal in 1981 and led to the quashing of one of the borrowing by-laws and of the sale. There is thus *res judicata* between the parties on this point.

Although the Court of Appeal's judgment in 1981 gave the appellant the right to recover its immovables, the City no longer owned them at the time of the judgment and so was unable to restore them. Nor could the appellant claim them from the new owner, a *bona fide* purchaser, as the latter was not bound by this judgment. Registration of the judgment could not have enabled it to be set up against *bona fide* purchasers, even if it had been registered within the time limit prescribed by art. 2101 C.C.L.C., since it was rendered several years after the sale by the City. The appellant is therefore only entitled to claim restitution of its immovables by the City in a second stage by way of their monetary equivalent. The fact that the appellant did not rely on the provisions of art. 1051 C.C.L.C. to amend its pleadings is not fatal to it. When the proceedings were brought its action was well founded in law and in fact. The sale of the immovables during the proceedings does not alter the nature of the appellant's action to quash the sale of the immovables, and to be restored to its previous position.

The action brought by the appellant in 1984 for monetary reimbursement was prescribed. Although under art. 2224 C.C.L.C. the appellant benefited from the interruption of the prescription until the final judgment rendered by the Court of Appeal in December 1981 — the right of action in the first and second actions was

l'appelante intente une nouvelle action contre la ville pour vente frauduleuse et lui réclame des dommages-intérêts. Elle amende sa déclaration en 1987 pour invoquer la vente du bien d'autrui et réclamer le paiement du prix reçu. Elle ajoute également une conclusion subsidiaire d'enrichissement sans cause. La Cour supérieure rejette l'action. Elle conclut que l'on ne trouve pas dans ce litige les éléments constitutifs de la répétition de l'indu et estime que le recours de l'appelante aurait dû être en dommages mais que ce recours est prescrit. La Cour d'appel confirme ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le fondement de l'action intentée par l'appelante en 1973 est assimilable à une répétition de l'indu. Pour déterminer si la répétition de l'indu est un recours approprié, il faut se demander si la ville a reçu par erreur quelque chose de la part de l'appelante ou si celle-ci a payé une dette en s'en croyant erronément la débitrice. Cette question a été tranchée par la Cour d'appel en 1981 et a abouti à l'annulation d'un des règlements d'emprunt et à celle de la vente. Il y a donc chose jugée entre les parties sur ce point.

Bien que le jugement de la Cour d'appel en 1981 ait accordé à l'appelante le droit de recouvrer ses immeubles, la ville n'en était plus propriétaire au moment du jugement et était donc dans l'impossibilité de les restituer. L'appelante ne pouvait non plus les réclamer du nouveau propriétaire, acquéreur de bonne foi, car il n'était pas lié par ce jugement. L'enregistrement du jugement n'aurait pu le rendre opposable aux acquéreurs de bonne foi, même s'il avait été enregistré dans le délai prescrit par l'art. 2101 C.c.B.-C., puisqu'il a été rendu plusieurs années après la vente faite par la ville. C'est donc uniquement sous forme d'équivalent pécuniaire que l'appelante peut prétendre dans une deuxième étape à la restitution de ses immeubles par la ville. Le fait que l'appelante ne se soit pas prévalu des dispositions de l'art. 1051 C.c.B.-C. pour amender ses actes de procédure ne lui est pas fatal. Lors de l'institution des procédures, son action était bien fondée en droit et en fait. La vente des immeubles en cours d'instance ne change pas la nature du recours de l'appelante en annulation de la vente des immeubles, assortie de la remise en état.

L'action intentée par l'appelante en 1984 pour obtenir un remboursement sous forme monétaire était prescrite. Bien que l'appelante ait bénéficié, en vertu de l'art. 2224 C.c.B.-C., de l'interruption de la prescription jusqu'au jugement définitif rendu par la Cour d'appel en décembre 1981 — le droit d'action dans la première et

from the same source, namely the recovery of taxes — that second action was distinct from the first since it was based on a new act, namely the sale of the immovables by the City to a *bona fide* third party. Although brought within the five-year period provided for in art. 2260(8) *C.C.L.C.* for the recovery of taxes paid in error, the appellant's action for damages in 1984 was nonetheless subject to a six-month prescription under s. 586 of the *Cities and Towns Act*. That action has thus been prescribed since late June 1982 and the subsequent amendment, relying on the sale of another's property, being itself outside the five-year period, could not revive the right of action, which, as it was exercised out of time, also could not be a means of interrupting the prescription.

Finally, the appellant's arguments regarding unjust enrichment must also be dismissed. It was possible to bring an action based on unjust enrichment by way of an action to recover a thing not due. That action is prescribed under the particular provisions governing it.

Cases Cited

Referred to: *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Société nationale de fiducie v. Robitaille*, [1983] C.A. 521; *Marquis v. Lussier*, [1960] S.C.R. 442; *O'Neill v. Canadian International Paper Co.*, [1973] S.C.R. 802; *Coupal v. Crispino*, [1965] Que. Q.B. 189.

Statutes and Regulations Cited

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 530, 539, 586.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1047, 1048, 1051, 1078.1, 2082, 2083, 2098, 2101, 2224, 2260(8), 2264, 2265.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 199, 523.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de droit civil*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912.
 Demogue, René. *Traité des obligations en général*, t. III. Paris: Rousseau, 1923.
 Frenette, François. *L'enregistrement des droits*. Montréal: Librairie de l'Université de Montréal, 1980 (mise à jour juillet 1984).

la deuxième action était de même source, c'est-à-dire la répétition des taxes —, cette deuxième action était distincte de la première puisqu'elle était fondée sur un fait nouveau, soit la vente des immeubles par la ville à un tiers de bonne foi. Intentée à l'intérieur du délai de cinq ans prévu au par. 2260(8) *C.c.B.-C.* pour la répétition de taxes payées par erreur, l'action en dommages de l'appelante en 1984 était cependant assujettie à une prescription de six mois en vertu de l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes*. Cette action était donc prescrite depuis la fin juin 1982 et l'amendement ultérieur, invoquant la vente du bien d'autrui, lui-même hors le délai de cinq ans, ne pouvait faire revivre le droit d'action qui, exercé hors délai, ne pouvait non plus être une cause d'interruption de la prescription.

Finalement, les prétentions de l'appelante relatives à l'enrichissement sans cause doivent également être rejetées. Il y avait ouverture à un recours fondé sur l'enrichissement sans cause sous forme d'une action en répétition de l'indu. Or, ce recours est prescrit selon le régime particulier qui le régit.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Ste-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Société nationale de fiducie c. Robitaille*, [1983] C.A. 521; *Marquis c. Lussier*, [1960] R.C.S. 442; *O'Neill c. Canadian International Paper Co.*, [1973] R.C.S. 802; *Coupal c. Crispino*, [1965] B.R. 189.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1047, 1048, 1051, 1078.1, 2082, 2083, 2098, 2101, 2224, 2260(8), 2264, 2265.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 199, 523.
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 530, 539, 586.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de droit civil*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912.
 Demogue, René. *Traité des obligations en général*, t. III. Paris: Rousseau, 1923.
 Frenette, François. *L'enregistrement des droits*. Montréal: Librairie de l'Université de Montréal, 1980 (mise à jour juillet 1984).

LeBel, Louis. "L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise" (1986), 17 R.G.D. 391.
 Marler, William deMontmollin. *The Law of Real Property*. Toronto: Burroughs & Co., 1932.
 Martineau, Pierre. *La prescription*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1977.
 Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 5. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1901.
 Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 1988.
 Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2^e éd. Paris: L.G.D.J., 1954.
Traité de droit civil du Québec, t. 7 bis par Léon Fari-bault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1957.
Traité de droit civil du Québec, t. 14 par Claude Demers. Montréal: Wilson & Lafleur, 1950.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1992] R.D.J. 622, 57 Q.A.C. 64, affirming a judgment of the Superior Court.*
 Appeal dismissed.

Sandor J. Klein, for the appellant.

Pierre Le Page and Louise Comtois, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — The issue here is the right of a taxpayer to be reimbursed the price of his immovable property seized by the respondent City for failure to pay taxes and then sold by it, when the tax by-law and sale for taxes were challenged in the courts and then quashed by judgment.

I — Facts and Proceedings

In 1967 and 1969 Vaudreuil City Council passed two borrowing by-laws — by-law 46 and by-law 69 — to finance public works and impose a special tax. Among the immovables so taxed was land owned by the plaintiff Willmor Discount Corporation ("Willmor"). For 1970, 1971 and 1972

* Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-002040-846, March 8, 1988 (Vaillancourt J.).

LeBel, Louis. «L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise» (1986), 17 R.G.D. 391.
 Marler, William deMontmollin. *The Law of Real Property*. Toronto: Burroughs & Co., 1932.
 Martineau, Pierre. *La prescription*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1977.
 Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 5. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1901.
 Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Théorie des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 1988.
 Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2^e éd. Paris: L.G.D.J., 1954.
Traité de droit civil du Québec, t. 7 bis par Léon Fari-bault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1957.
Traité de droit civil du Québec, t. 14 par Claude Demers. Montréal: Wilson & Lafleur, 1950.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1992] R.D.J. 622, 57 Q.A.C. 64, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure*.
 Pourvoi rejeté.

Sandor J. Klein, pour l'appelante.

Pierre Le Page et Louise Comtois, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le litige a pour objet le droit d'un contribuable au remboursement du prix de son immeuble, saisi par la Ville intimée pour défaut de paiement de taxes puis vendu par elle alors que le règlement d'imposition et la vente pour taxes étaient attaqués en justice puis annulés par jugement.

h I — Les faits et les procédures

En 1967 et en 1969, le conseil de la ville de Vaudreuil adopte deux règlements d'emprunt — règlement 46 et règlement 69 — pour financer des travaux publics et imposer une taxe spéciale. Parmi les immeubles ainsi imposés se trouvent des terrains appartenant à la demanderesse, Willmor Discount Corporation («Willmor»). Pour les années 1970, 1971 et 1972, Willmor ne paie

* C.S. Montréal, n° 500-05-002040-846, le 8 mars 1988 (le juge Vaillancourt).

Willmor paid no tax on the immovables affected by the by-laws.

The Willmor lots were sold at public auction for non-payment of taxes. The notice of sale was published in the *Gazette officielle du Québec* on November 18 and 25, 1972. Willmor did not object to the sale. On December 19, 1972, as there were no bidders, the City acquired the land for the amount of the taxes owing.

Nearly a year later, on December 10, 1973, Willmor brought an action to quash by-laws 46 and 69 and quash the sale of the land. It did not exercise its right of redemption, which expired on December 19, 1973. Under s. 539 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, immovables purchased by the municipality had to be sold within a year after the redemption period expired, unless authorization was given by the Minister of Municipal Affairs. On July 24, 1974 the City sold the immovables to John Fisher et al. for \$100,101. The latter resold them a few days later. They subsequently changed hands several times. Finally, in November 1979, Snowview Holdings Ltd. became the owner as a result of exercising a right of giving in payment.

On March 10, 1978, the Superior Court declared the two municipal by-laws and the sale for taxes of December 19, 1972 to be null and void: J.E. 78-347. The City appealed. On December 29, 1981 the Court of Appeal allowed the appeal in part, affirming the nullity of by-law 69 and of the sale for taxes but reversing the Superior Court judgment with respect to by-law 46: [1982] C.A. 120. The plaintiff failed to comply with art. 2101 *C.C.L.C.* requiring registration of the judgment within 30 days. It did register the judgment 11 months later, however, on November 12, 1982. Snowview Holdings Ltd. filed a motion to cancel the registration a few days later. On April 28, 1983, Willmor confessed judgment on the motion to cancel on account of the good faith of the purchaser and the fact that its title could be set up against Willmor. On May 2, 1983 the Superior

aucune taxe sur les immeubles visés par les règlements.

En raison du défaut de paiement des taxes, les lots de Willmor sont mis en vente à l'enchère publique. La publication de l'avis de vente paraît les 18 et 25 novembre 1972 dans la *Gazette officielle du Québec*. Willmor ne s'oppose pas à la vente. Le 19 décembre 1972, la Ville acquiert, faute d'enchérisseur, les terrains pour le montant des taxes dues.

Près d'un an plus tard, soit le 10 décembre 1973, Willmor intente une action en annulation des règlements 46 et 69 et en annulation de la vente des terrains. Elle n'exerce pas son droit de retrait, échu le 19 décembre 1973. Selon l'art. 539 de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, les immeubles acquis par la municipalité devaient être revendus dans l'année qui suit l'expiration du délai de retrait, sauf autorisation du ministre des Affaires municipales. Le 24 juillet 1974, la Ville vend les immeubles à John Fisher et autres au prix de 100 101 \$. Celui-ci les revend quelques jours plus tard. Par la suite, ils changent de mains à quelques reprises. Finalement, en novembre 1979, c'est Snowview Holdings Ltd. qui en devient propriétaire à la suite de l'exercice d'un droit à dation en paiement.

Le 10 mars 1978, la Cour supérieure déclare la nullité des deux règlements municipaux ainsi que celle de la vente pour taxes du 19 décembre 1972: J.E. 78-347. La Ville porte la cause en appel. Le 29 décembre 1981, la Cour d'appel accueille en partie l'appel, confirmant la nullité du règlement 69 et de la vente pour taxes mais infirmant le jugement de la Cour supérieure quant au règlement 46: [1982] C.A. 120. La demanderesse omet de se conformer à l'art. 2101 *C.c.B.-C.* pour l'enregistrement du jugement dans les 30 jours. Cependant, elle l'enregistre 11 mois plus tard, soit le 12 novembre 1982. Dans les jours qui suivent, Snowview Holdings Ltd. dépose une requête en radiation d'enregistrement. Le 28 avril 1983, Willmor confesse jugement sur la requête en radiation, en raison de la bonne foi de l'acquéreur et de l'opposabilité de son titre à Willmor. Le 2 mai 1983, la Cour supérieure

Court rendered a judgment ordering the registration to be cancelled.

On February 21, 1984 Willmor brought an action alleging a fraudulent sale by the City and claiming \$903,541.75 in damages. On October 30, 1987 the plaintiff amended its statement of claim to plead a sale of another's property and claim payment of the price of \$100,101 received with interest and the indemnity provided for in art. 1078.1 C.C.L.C. It added an alternative conclusion claiming unjust enrichment.

The Superior Court dismissed the action [TRANSLATION] "based on recovery of a thing not due and alternatively on unjust enrichment". It rejected the alternative conclusion to the claim as it had not been argued before the court. The Superior Court did not consider that the constituent elements of recovery of a thing not due were present. In its view, [TRANSLATION] "the action should have been in damages and as we have seen it was prescribed".

The Court of Appeal unanimously dismissed Willmor's appeal: [1992] R.D.J. 622, 57 Q.A.C. 64. It affirmed the Superior Court's conclusion regarding recovery of a thing not due and dealt primarily with unjust enrichment. It refused to grant the relief sought by Willmor because of the subsidiary character of the remedy. In the opinion of the Court of Appeal the claim should have been based on the City's fault but it was prescribed.

II — Issue

Is the appellant entitled to claim restitution of its immovable by way of its monetary equivalent?

III — Analysis

1. *Initial Action and Consequences of Court of Appeal Judgment of December 29, 1981*

The action to quash the respondent City's by-law, brought on December 10, 1973, asked the court to quash a tax assessment and sought recovery of the taxes paid accordingly. It further sought annulment of the sale for taxes following the

rend jugement, ordonnant de radier l'enregistrement.

Le 21 février 1984, Willmor intente une action alléguant vente frauduleuse de la part de la Ville et lui réclamant 903 541,75 \$ de dommages-intérêts. Le 30 octobre 1987, la demanderesse amende sa déclaration pour invoquer la vente du bien d'autrui et réclamer le paiement du prix reçu de 100 101 \$ avec intérêts et l'indemnité prévus à l'art. 1078.1 C.c.B.-C. Elle ajoute une conclusion subsidiaire en enrichissement sans cause.

La Cour supérieure rejette l'action, «basée sur la répétition de l'indu et subsidiairement sur l'enrichissement sans cause». Elle écarte la conclusion subsidiaire à la demande car elle n'a pas été plaidée devant elle. La Cour supérieure n'a pas trouvé dans ce litige les éléments constitutifs de la répétition de l'indu. Selon elle, «le recours aurait dû être en dommages et on a vu qu'il était prescrit».

La Cour d'appel rejette à l'unanimité l'appel interjeté par Willmor: [1992] R.D.J. 622, 57 Q.A.C. 64. Confirmant la conclusion de la Cour supérieure quant à la répétition de l'indu, elle se penche principalement sur l'enrichissement sans cause. Elle refuse de faire droit aux conclusions recherchées par Willmor en raison de la subsidiarité du recours. Selon la Cour d'appel, le recours aurait dû être fondé sur la faute de la Ville mais il est prescrit.

II — La question en litige

L'appelante peut-elle prétendre à la restitution de son immeuble par équivalent pécuniaire?

III — Analyse

1. *Le recours initial et les conséquences du jugement de la Cour d'appel du 29 décembre 1981*

L'action en annulation du règlement de la Ville intimée, intentée le 10 décembre 1973, visait l'annulation d'une imposition et la répétition de taxes payées en conséquence. Elle demandait également l'annulation de la vente pour taxes à la suite de la

seizure of the immovable and *restitutio in integrum* of the parties by the return of the property to Willmor. The judgments of the Superior Court and then the Court of Appeal allowing Willmor's claims gave the latter the right to recover its property. These decisions are now *res judicata* between the parties, the appellant and the respondent in this appeal. The judicial annulment of the sale divested the City of its title to the immovable property since, as Jean-Louis Baudouin states (*Les obligations* (3rd ed. 1989), at p. 318), [TRANSLATION] "[t]he principal manifestation of this [judicial] *restitutio in integrum* is of course the reciprocal restitution of objects or things received before the annulment judgment".

Accordingly, pursuant to the final judgment of the Court of Appeal on December 29, 1981 Willmor was entitled to return of the immovable. However, the City no longer owned the immovable at the time Willmor obtained judgment. It was thus impossible for the debtor to return the property. It was also impossible for Willmor to claim it from its new owner, a *bona fide* purchaser, as the judgment could not be set up against the latter.

The respondent relies on the late registration of the judgment, as the 30-day time limit provided for in art. 2101 *C.C.L.C.* for registration of all judgments declaring the dissolution, nullity or rescission of a registered deed of conveyance or other title by which an immovable has been transmitted had not been complied with.

The judgment was not rendered until December 29, 1981, however, whereas the City had sold the immovables on July 24, 1974. As Frenette writes (*L'enregistrement des droits* (1984), at p. 39), [TRANSLATION] "registration does not give effect to real rights. Their effect results from agreements or legal documents creating them". The parties are bound by virtue of the judgment, not the registration. The author adds: [TRANSLATION] "[p]ublication subsequently widens the circle of those required to respect these rights". Moreover, registration does not of itself have retroactive effect. It only gives priority over rights registered subsequently, in accordance with the rule set out in art. 2098 *C.C.L.C.*:

saisie de l'immeuble et la remise en état des parties par le retour de la propriété entre les mains de Willmor. Les jugements de la Cour supérieure puis de la Cour d'appel faisant droit aux prétentions de Willmor accordent à celle-ci le droit de recouvrer sa propriété. Ces décisions sont maintenant chose jugée entre les parties, l'appelante et l'intimée dans la présente instance. L'annulation judiciaire de la vente dépouille la Ville de son titre de propriété sur l'immeuble puisque, comme le dit Jean-Louis Baudouin (*Les obligations* (3^e éd. 1989), à la p. 318), «[l]a principale manifestation de cette remise en état [judiciaire] est évidemment la restitution réciproque des objets ou choses reçues avant le jugement d'annulation».

Par conséquent, à la suite du jugement final de la Cour d'appel, le 29 décembre 1981, Willmor avait droit au retour de l'immeuble. Cependant, la Ville n'est plus propriétaire de l'immeuble au moment où Willmor obtient jugement. Il est donc impossible pour le débiteur de rendre le bien. Il était aussi impossible pour Willmor de le réclamer à son nouveau propriétaire, acquéreur de bonne foi, le jugement ne lui étant pas opposable.

L'intimée invoque la tardiveté de l'enregistrement du jugement, le délai de 30 jours prévu à l'art. 2101 *C.c.B.-C.* pour l'enregistrement de tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte d'aliénation ou autre titre de transmission d'un immeuble enregistré n'ayant pas été respecté.

Cependant, le jugement n'a été prononcé que le 29 décembre 1981, alors que la Ville avait vendu les immeubles le 24 juillet 1974. Or, comme l'écrit Frenette (*L'enregistrement des droits* (1984), à la p. 39), «l'enregistrement ne donne pas effet aux droits réels. Leur effet résulte des conventions ou actes juridiques pourvoyant à leur naissance». Les parties sont liées en vertu du jugement, non en vertu de l'enregistrement. L'auteur ajoute: «[l]a publication vient par la suite élargir le cercle des personnes tenues au respect de ces droits». L'enregistrement, par ailleurs, n'a pas de lui-même un effet rétroactif. Il ne donne priorité qu'à l'égard des droits qui sont enregistrés postérieurement, selon la règle énoncée à l'art. 2098 *C.c.B.-C.*:

2098. All acts *inter vivos* conveying the ownership of an immoveable must be registered.

In default of such registration, the title of conveyance cannot be invoked against any third party who has purchased the same property from the same vendor for a valuable consideration and whose title is registered. [Emphasis added.]

Claude Demers (*Traité de droit civil du Québec* (1950), t. 14) explains the effect of registration as follows, at p. 363:

[TRANSLATION] Such registration thus gives priority to the party relying on it, priority over all titles registered after it, whatever their nature, whether they transfer a greater right or not. . . .

Speaking of the general principles of the registration of real rights, set out in arts. 2082 and 2083 C.C.L.C., Marler (*The Law of Real Property* (1932)) says the following, at p. 493:

. . . while every right has its full effect between the parties to it, their heirs and legal representatives from the moment of its creation, registration gives effect to it as to certain third parties also, in this sense that, if the right is one that should be and is registered, it is effective against those creditors who subsequently acquire rights, subject to be registered, in or against the immovable affected, or who, having such rights at the time of registration, registered them only subsequently or not at all.

Discussing the effects of registration deadlines specifically, Marler explains, at p. 521:

The effect of the delay is this, if the right is registered within the delay allowed, its registration retroacts to the day from which the delay commenced to run, against subsequent creditors. . . . But should the right not be registered within the delay, but subsequently, the general rule applies, and it takes effect only from the moment of its registration against creditors who register their claims subsequently. . . .

In the present case the judgment was rendered several years after the immovables were conveyed by the City and its registration could not have enabled it to be set up against *bona fide* purchasers.

2098. Tout acte entre vifs, transférant la propriété d'un immeuble, doit être enregistré.

À défaut de tel enregistrement, le titre d'acquisition ne peut être opposé au tiers qui a acquis le même immeuble du même vendeur, pour valeur, et dont le titre est enregistré. [Je souligne.]

Claude Demers (*Traité de droit civil du Québec* (1950), t. 14) explique ainsi l'effet de l'enregistrement, à la p. 363:

Cet enregistrement donne donc une priorité en faveur de celui qui s'en prévaut, priorité sur tous les titres qui seraient enregistrés après lui, quelle que soit la nature de ces titres, qu'ils transportent un droit plus grand ou non . . .

Parlant des principes généraux de l'enregistrement des droits réels, énoncés aux art. 2082 et 2083 C.c.B.-C., Marler (*The Law of Real Property* (1932)) s'exprime ainsi, à la p. 493:

[TRANSLATION] . . . bien que tout droit ait plein effet entre les parties concernées, leurs héritiers et ayants droit à compter du moment de sa création, l'enregistrement lui donne effet quant à certains tiers également, en ce sens que, si le droit doit être enregistré et l'est effectivement, il est opposable aux créanciers qui acquièrent subséquemment des droits, sous réserve de leur enregistrement à l'encontre de l'immeuble en cause, ou qui, possédant de tels droits à l'époque de l'enregistrement, ne les ont enregistrés que subséquemment ou pas du tout.

Lorsqu'il aborde spécifiquement les effets des délais d'enregistrement, Marler explique, à la p. 521:

[TRANSLATION] Le délai a l'effet suivant: si le droit est enregistré dans le délai imparti, son enregistrement a un effet rétroactif à compter du début du délai, à l'encontre des créanciers subséquents [. . .] Si le droit n'a pas été enregistré dans le délai, mais subséquemment, la règle générale s'applique, et il n'est opposable qu'à compter du moment de son enregistrement aux créanciers qui enregistrent leurs prétentions subséquemment . . .

En l'occurrence, le prononcé du jugement était postérieur de plusieurs années à l'aliénation des immeubles par la Ville et son enregistrement n'aurait pu le rendre opposable aux acquéreurs de bonne foi.

2. Recovery of a Thing Not Due

The basis of the action brought by Willmor in December 1973 may be likened to the recovery of a thing not due. By its proceedings it is claiming reimbursement of its payment of taxes. The term “payment” is to be taken in its broad sense, namely the delivery to another — voluntary or otherwise — of a sum of money or a thing. The *Civil Code of Lower Canada* sets out the rules governing recovery of a thing not due in arts. 1047 and 1048:

1047. He who receives what is not due to him, through error of law or of fact, is bound to restore it; or if it cannot be restored in kind, to give the value of it.

If the person receiving be in good faith, he is not obliged to restore the profits of the thing received.

1048. He who pays a debt believing himself by error to be the debtor, has a right of recovery against the creditor.

Nevertheless that right ceases when the title has in good faith been cancelled or has become ineffective in consequence of the payment; saving the remedy of him who has paid against the true debtor.

The French and Quebec writers agree that recovery of a thing not due requires two conditions in addition to payment. The first is that [TRANSLATION] “no debtor-creditor relations in contract or by law should exist between the *solvens* and the *accipiens* with respect to the payment made” (Baudouin, *supra*, at p. 318). Demogue states, regarding the absence of a debt: [TRANSLATION] “In defining the cases in which a thing is not due, we will say that there should not be between the *accipiens* and the *solvens* any debt corresponding to what was paid” (*Traité des obligations en général* (1923), t. III, at p. 144).

Was there a debt in the present case when the payment was made? It could be said that there was the appearance of a debt. Subsequent to the payment the debt was declared retroactively non-existent by the judgment quashing the municipal by-law that created it. The sale of the immovable property to the City, which constituted payment, was also quashed by the courts. The avoidance of a

2. La répétition de l'indu

Le fondement de la demande présentée par Willmor en décembre 1973 est assimilable à une répétition de l'indu. En effet, par son recours devant les tribunaux, elle réclame le remboursement de son paiement des taxes. Le terme «paiement» est à prendre au sens large, soit la remise — volontaire ou non — à autrui d'une somme d'argent ou d'une chose. Le *Code civil du Bas-Canada* énonce les principes de la répétition de l'indu aux art. 1047 et 1048:

1047. Celui qui reçoit, par erreur de droit ou de fait, ce qui ne lui est pas dû, est obligé de le restituer; et s'il ne peut le restituer en nature, d'en payer la valeur.

Si la personne qui reçoit est de bonne foi, elle n'est pas obligée de restituer les profits qu'elle a perçus de la chose.

1048. Celui qui paie une dette s'en croyant erronément le débiteur, a droit de répétition contre le créancier.

Néanmoins ce droit cesse lorsque le titre a été de bonne foi anéanti ou est devenu sans effet par suite du paiement; sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur.

Les auteurs français et québécois s'accordent pour dire qu'en plus du paiement, la répétition de l'indu exige deux conditions. La première est qu'«il ne doit pas exister de relations contractuelles ou légales de débiteur à créancier entre le *solvens* et l'*accipiens* à l'égard du paiement fait» (Baudouin, *op. cit.*, à la p. 318). À propos de l'absence de dette, Demogue affirme: «Si nous précisons les cas dans lesquels il y a indu, nous dirons qu'il ne doit y avoir entre l'*accipiens* et le *solvens* aucune dette correspondant à ce qui a été payé» (*Traité des obligations en général* (1923), t. III, à la p. 144).

Dans le cas présent, y avait-il une dette lorsque le paiement a été effectué? On pourrait admettre qu'il y avait apparence de dette. En effet, postérieurement au paiement, la dette a été déclarée rétroactivement inexistante par le jugement invalidant le règlement municipal la créant. La vente de l'immeuble à la Ville, qui constituait le paiement, a été également annulée par les tribunaux. L'annula-

contract gives rise to a judicial *restitutio in integrum* by which the judge puts the parties back in the situation they were in prior to the execution of the contract. When an immovable is conveyed, the “vendor” recovers his property and reimburses to the purchaser the price the latter paid for it.

The other condition for an action to recover money not owed is that the payment must have been made by the *solvens* in error. As Mignault says (*Le droit civil canadien* (1901), t. 5, at p. 318), [TRANSLATION] “[w]hatever results from an error cannot be allowed to remain. That is the approach always taken by the law”. The error, for the *solvens*, is the belief that he has to pay. Baudouin, *supra*, at p. 319, states that the fact that the *solvens* [TRANSLATION] “‘paid’ when no debt existed but with full knowledge of the facts” is not an error. For Planiol and Ripert payment in error may be [TRANSLATION] “payment made with the intention of not acknowledging the debt” (*Traité pratique de droit civil français* (2nd ed. 1954), t. VII, at p. 28).

In *Théorie des obligations* (2nd ed. 1988), Pineau and Burman deal with error specifically in the context of payment of taxes, at p. 246:

[TRANSLATION] Any alteration of the intent of the *solvens*, and in particular constraint, is treated like error: a *solvens* who, knowing he owes nothing, pays under threat may bring an action to recover a thing not due. . . .

There is one current situation, however, where such proof is easy: that is the case of payment of taxes required by the government or some public body; the “collectors” have means of “persuasion” such that the *solvens* cannot resist if he does not want to risk losing everything. In that sense it cannot be said that he pays voluntarily and that is why he should be able to recover.

There was clearly nothing voluntary about the payment made by Willmor.

As a general rule writers and the courts recognize that the payment of taxes collected illegally will provide a basis for recovery of a thing not due. Faribault (*Traité de droit civil du Québec* (1957),

tion d’un contrat donne lieu à la remise en état judiciaire par laquelle le juge remet les parties dans l’état où elles étaient antérieurement à l’exécution du contrat. Lors de l’aliénation d’un immeuble, le «vendeur» récupère son immeuble et rembourse à l’acquéreur le prix que celui-ci a déboursé.

L’autre condition pour pouvoir invoquer la répétition de l’indu est que le paiement ait été fait par erreur par le *solvens*. Comme le dit Mignault (*Le droit civil canadien* (1901), t. 5, à la p. 318), «[c]e qui est le fruit de l’erreur ne saurait être maintenu. Là est toute la pensée de la loi». L’erreur, pour le *solvens*, est la croyance qu’il doit payer. Baudouin, *op. cit.*, à la p. 319, affirme que ne constitue pas une erreur le fait que le *solvens* «a «payé» alors qu’aucune dette n’existait, mais en toute connaissance de cause». Pour Planiol et Ripert, le paiement par erreur peut être «celui qui est fait avec intention de ne pas reconnaître la dette» (*Traité pratique de droit civil français* (2^e éd. 1954), t. VII, à la p. 28).

Pineau et Burman, dans *Théorie des obligations* (2^e éd. 1988), traitent de l’erreur dans le cadre spécifique du paiement des taxes, à la p. 246:

À l’erreur est assimilée toute altération de la volonté du *solvens*, et notamment la contrainte: peut exercer l’action en répétition de l’indu, le *solvens* qui, sachant qu’il ne doit rien, paie sous la menace . . .

Il existe, cependant, une situation courante où cette preuve s’avère facile: c’est le cas du paiement de taxes exigées par l’État ou quelque organisme public; les «percepteurs» ont des moyens de «persuasion» tels que le *solvens* ne peut y résister s’il ne veut pas risquer de tout perdre. En ce sens, on ne peut pas dire qu’il paie volontairement et c’est pourquoi il doit pouvoir répéter.

Le paiement effectué par Willmor n’a évidemment rien de volontaire.

En règle générale, les auteurs et les tribunaux admettent que le paiement de taxes illégalement perçues donne ouverture à la répétition de l’indu. Faribault (*Traité de droit civil du Québec* (1957),

t. 7 *bis*) states (at pp. 128-29): [TRANSLATION] "Anyone who, by error of law or of fact, pays taxes which were illegally imposed may use the action *condictio indebiti* to obtain reimbursement of what he wrongfully paid. Our courts have applied this rule in a wide variety of circumstances." Some ten years ago this Court rendered judgment in *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, where it recognized, at p. 423, that if taxes had been paid in accordance with assessment and collection rolls subsequently annulled, the remedies available to taxpayers were "actions which cannot be distinguished from actions to recover things not due".

The proceedings commenced in 1973 accordingly upheld Willmor's allegations. The taxes owed by it to the City were paid by the sale of its immovable property. It was of the view — and the courts agreed with it — that the taxes should not have been paid. It sought reimbursement.

Following the judgment of the Court of Appeal on December 29, 1981 Willmor was the holder of a right which it could assert only against one person, the City. As I have explained, restitution in kind is impossible since the person who now holds the right of ownership and the property is not bound by the Court of Appeal's judgment and the person bound by the judgment no longer holds the property or the right of ownership over it. What remedy does Willmor have to recover its property? Did it exercise that remedy in time? Those are the questions to be answered.

In rendering judgment on March 8, 1988 the Superior Court concluded that recovery of a thing not due was not the proper remedy in the case at bar and this was confirmed by the Court of Appeal.

Applying to the case the relevant rules under the *Civil Code of Lower Canada*, Vaillancourt J. gave the following explanation:

[TRANSLATION] First, we do not see how it can be said that the defendant received the price of the sale by an error of law or even of fact at the time of the sale. So far as the City was concerned it was still the owner of the land sold: the sale was made deliberately with full

t. 7 *bis*) affirme (aux pp. 128 et 129): «Celui qui, par erreur de droit ou de fait, paie des taxes qui ont été imposées illégalement, peut recourir à l'action *condictio indebiti* pour se faire rembourser ce qu'il a ainsi payé indûment. Nos tribunaux ont appliqué cette règle en de nombreuses circonstances.» Il y a une dizaine d'années, cette Cour a rendu jugement dans l'affaire *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Ste-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, où elle a reconnu, à la p. 423, que si des taxes avaient été payées en vertu de rôles d'évaluation et de perception dont la nullité est prononcée postérieurement, les recours offerts alors aux contribuables étaient «des actions que l'on ne peut distinguer d'actions en répétition de l'indu.»

Les procédures entamées en 1973 font donc droit aux prétentions de Willmor. Les taxes dues par elle à la Ville ont été payées par la vente de son immeuble. Elle estime — et les tribunaux lui donnent raison — que les taxes n'auraient pas dû être payées. Elle demande remboursement.

Willmor, à la suite du jugement de la Cour d'appel du 29 décembre 1981, est alors titulaire d'un droit qu'elle ne peut faire valoir qu'à l'encontre d'une seule personne, la Ville. Comme je l'ai expliqué, la remise en nature est impossible puisque la personne actuellement détentrice du droit de propriété et du bien n'est pas liée par le jugement de la Cour d'appel et que la personne liée par le jugement ne détient plus l'immeuble ni le droit de propriété sur lui. Quel recours possède Willmor pour récupérer son bien? L'a-t-elle exercé en temps utile? Telles sont les questions en litige.

La Cour supérieure, rendant jugement le 8 mars 1988, a estimé que la répétition de l'indu n'était pas le recours approprié en l'instance, ce que la Cour d'appel a confirmé.

Appliquant au litige les principes énoncés par le *Code civil du Bas-Canada* en la matière, le juge Vaillancourt s'explique ainsi:

D'abord, nous ne voyons pas que la défenderesse ait reçu le prix de la vente par erreur de droit ou encore de fait lors de la vente. Côté Ville, elle était encore propriétaire des terrains vendus: c'est volontairement, en toute connaissance de cause, et sans aucune espèce d'erre-

knowledge of the facts and without any kind of error on its part. There can be no question here of any confusion, misunderstanding or mistake on the part of the defendant. . . .

... the *solvens* must have paid in error. Fisher did not pay in error. He did so deliberately and with full knowledge of the facts and his right to the immovables sold has proved quite unassailable, as it should be.

The Court of Appeal, affirming the opinion of the trial judge, wrote (at p. 624 R.D.J.):

I agree that there is no ground for ordering "répétition de l'indu". The price received by the City was not received "through error of law or of fact" and in any case was not received from Willmor. The conditions prescribed by articles 1047 and following of the *Civil Code of Lower Canada* for the existence of the quasi-contract resulting from the reception of a thing not due are not fulfilled here.

Both courts concerned themselves with the relationship and the transaction between the City and the subsequent purchaser, Fisher. With all due respect, it is neither necessary nor relevant to analyze this relationship here, or even to consider the source of the money received by the City as consideration for the immovable property when it transferred the latter. To decide on the question of the recovery of a thing not due, we must consider, as we have done, whether the City received anything in error from Willmor or whether the latter paid a debt in the erroneous belief that it owed the debt. This question has already been decided, in the proceedings in 1978 and 1981 which led to the quashing of the municipal by-law and of the sale. There is *res judicata* between the parties on this point. It is still necessary to decide what consequences follow with a view to restoring the parties to their previous positions, as restitution of the immovable in kind to Willmor has become impossible because of the sale of the property by the City to a third party. As things stood at the time judgment was rendered in its favour, Willmor could not have obtained a writ to have it executed. Accordingly the monetary equivalent is the only form of restitution which Willmor can claim. The issue is whether Willmor is in fact entitled thereto now and, if so, what amount of money it is entitled to.

ment de sa part que la vente fut faite. On ne peut parler ici de la part de la défenderesse de confusion, de malentendu ou de méprise . . .

... il faut que le solvens ait payé par erreur. Or Fisher n'a pas payé par erreur. Il le fit en toute connaissance de cause, volontairement et son droit sur les immeubles vendus s'est révélé comme il se devait, tout à fait inattaquable.

La Cour d'appel, confirmant l'opinion du juge de première instance, écrit (à la p. 624 R.D.J.):

[TRADUCTION] Je conviens qu'il n'y a aucune raison d'ordonner la «répétition de l'indu». Ce n'est pas «par erreur de droit ou de fait» que la Ville a reçu le prix de vente et, de toute façon, ce dernier n'a pas été reçu de Willmor. En l'espèce, on n'a pas satisfait aux conditions prescrites par les articles 1047 et suivants du *Code civil du Bas-Canada* pour l'existence du quasi-contrat résultant de la réception d'une chose non due.

Les deux cours se sont attachées à la relation et à la transaction entre la Ville et l'acheteur subséquent, Fisher. En toute déférence, il n'est ni nécessaire ni pertinent ici d'analyser cette relation ni même de se demander d'où provient l'argent reçu par la Ville en contrepartie de l'immeuble lorsqu'elle s'en est départie. Pour décider de la question de la répétition de l'indu, nous devons nous demander, comme nous l'avons fait, si la Ville a reçu par erreur quelque chose de la part de Willmor ou si celle-ci a payé une dette en s'en croyant erronément la débitrice. Cette question a déjà été tranchée, lors des procédures en 1978 et 1981 qui ont abouti à l'annulation du règlement municipal et à celle de la vente. Il y a chose jugée entre les parties sur ce point. Il reste à en tirer les conséquences en regard de la remise en état des parties, la restitution de l'immeuble en nature à Willmor étant devenue impossible en raison de la vente qu'en a faite la Ville à un tiers. Dans l'état des choses au moment où le jugement a été prononcé en sa faveur, Willmor n'aurait pu se prévaloir d'un bref pour le faire exécuter. C'est donc uniquement sous forme d'équivalent pécuniaire que Willmor peut y prétendre. Le tout est de déterminer si effectivement Willmor y a droit maintenant et, dans l'affirmative, quel est le montant d'argent auquel elle a droit.

As I mentioned earlier, following the Court of Appeal's judgment Willmor sought to recover the value of its immovable and other damages, plus interest, by bringing an action based on the fraudulent conveyance of the land by the City. More than three years later Willmor amended its statement of claim: it altered the amount claimed and alleged the sale of property of another, and alternatively unjust enrichment. The Superior Court granted the motion to amend.

Reviewing the sequence of events and of the various proceedings, I note that when Willmor brought its action to quash the by-law and the sale, the immovable property was still in the hands of the City. It cannot therefore be blamed for having only sought to quash the sale. On the other hand, the sale by the City took place several years before the Superior Court rendered judgment. In oral submissions to this Court Willmor maintained that it was unaware of the sale. However, no evidence was submitted to the Court on this point by the parties. Had Willmor been aware, it could have raised this new legal fact by motion pursuant to art. 199 C.C.P. Perhaps it could even have filed a motion to amend its pleadings at the appeal stage, pursuant to art. 523 C.C.P.

In the provisions on recovery of a thing not due the *Civil Code of Lower Canada* states:

1051. If he who has unduly received the thing sell it, being in good faith, he is bound to restore only the price for which it is sold.

That is the article Willmor could have relied on in support of an amendment since it exactly covers the factual situation which developed during the proceedings.

Is the fact that Willmor did not rely on these provisions fatal to it? The answer must be no. When the proceedings were brought its action was well founded in law and in fact. The changing of the facts by the defendant during the proceedings does not alter the nature of the plaintiff's action to

Comme je l'ai mentionné précédemment, à la suite du jugement de la Cour d'appel, Willmor tente de récupérer la valeur de son immeuble et autres dommages, augmentés des intérêts, en instituant une action fondée sur l'aliénation frauduleuse des terrains par la Ville. Plus de trois ans après, Willmor amende sa déclaration; elle modifie le montant réclamé et allègue vente du bien d'autrui et, subsidiairement, enrichissement sans cause. La Cour supérieure a accueilli la requête pour amender.

En passant en revue la chronologie des événements et des différentes procédures, je note que lorsque Willmor a intenté son action en annulation du règlement et de la vente, l'immeuble était encore entre les mains de la Ville. On ne peut donc lui tenir rigueur d'avoir uniquement demandé l'annulation de la vente. Par contre, la vente par la Ville a eu lieu plusieurs années avant que la Cour supérieure ne rende jugement. Lors des représentations orales devant nous, Willmor a prétendu qu'elle ignorait la vente. Cependant, aucune preuve ne nous a été présentée par les parties sur ce point. Willmor l'eût-elle connue, en raison de ce fait juridique nouveau, elle aurait pu présenter une requête en vertu de l'art. 199 C.p.c. Peut-être même aurait-elle pu présenter une requête pour amender ses actes de procédure au stade de l'appel, en vertu de l'art. 523 C.p.c.

Dans le cadre des dispositions sur la répétition de l'indu, le *Code civil du Bas-Canada* prévoit:

1051. Si celui qui a indûment reçu la chose la vend, étant dans la bonne foi, il ne doit restituer que le prix de vente.

Tel est l'article que Willmor aurait pu invoquer au soutien d'un amendement puisqu'il prévoit exactement la situation factuelle nouvellement apparue au cours des procédures.

Le fait pour Willmor de ne s'être pas prévalu de ces dispositions lui est-il fatal? La réponse doit être négative. En effet, lors de l'institution des procédures, son action était bien fondée en droit et en fait. La modification des faits, de la part du défendeur, en cours d'instance, ne change pas la nature

quash the sale of the immovable property, and to be restored to its previous position.

Willmor's original remedy is thus in a sense split in two. First, the courts have had to rule on recovery of taxes. As a result of the transformation of the ownership right into a sum of money by the City, a new action is required to give effect to the right Willmor was recognized as having.

3. Prescription

The Court must now rule on the time periods within which Willmor brought the action seeking monetary reimbursement for its payment of taxes.

The City alleges that the action to recover a thing not due, which the courts have recommended be brought within a reasonable time, is prescribed. It notes that, contrary to the position of Faribault, the Quebec courts have tended to criticize the 30-year prescription for recovery of a thing not due. Thus in *Société nationale de fiducie v. Robitaille*, [1983] C.A. 521, the Court of Appeal, taking into account the facts, the circumstances and the nature of the claim before it, concluded that three years was a reasonable time in which to claim reimbursement of a notary's fees.

The City also relies on art. 2260(8) *C.C.L.C.*, which applies specifically to the recovery of taxes and provides for a five-year prescription. It is of the view that the time runs from the payment made in error, namely December 19, 1972, the date of the sale for taxes. Accordingly, it argues, the action brought on February 21, 1984 is prescribed. I cannot accept this reasoning, which confuses the present action with the action to recover taxes itself and which does not take account of the principles governing prescription and its interruption.

The action to recover taxes was brought by Willmor, a dissatisfied taxpayer, within the five-year period imposed by art. 2260(8) *C.C.L.C.* In *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, *supra*,

du recours du demandeur en annulation de la vente de l'immeuble, assortie de la remise en état.

a Le recours originel de Willmor est donc en quelque sorte scindé en deux. En premier lieu, les tribunaux ont dû se prononcer sur une répétition de taxes. En raison de la transformation par la Ville du droit de propriété en somme d'argent, la mise en œuvre du droit reconnu à Willmor requiert une nouvelle action.

3. La prescription

c Il s'agit maintenant de se prononcer sur les délais dans lesquels Willmor a intenté l'action visant à lui accorder le remboursement sous forme monétaire de son paiement des taxes.

d La Ville allègue la prescription de l'action en répétition de l'indu, que la jurisprudence recommanderait de prendre dans un délai raisonnable. Elle fait remarquer que, à l'encontre des enseignements de Faribault, la jurisprudence québécoise a tendance à critiquer la prescription trentenaire en matière de répétition de l'indu. Ainsi, dans *Société nationale de fiducie c. Robitaille*, [1983] C.A. 521, la Cour d'appel, compte tenu des faits, des circonstances et de la nature de la réclamation qui lui était soumise, a estimé que trois ans était un délai déraisonnable pour réclamer le remboursement d'honoraires de notaire.

g La Ville invoque aussi le par. 2260(8) *C.c.B.-C.*, qui s'applique spécifiquement en matière de répétition de taxes et qui prévoit une prescription quinquennale. Elle estime que le délai court à partir du paiement fait par erreur, soit le 19 décembre 1972, date de la vente pour taxes. Par conséquent, prétend-elle, l'action prise le 21 février 1984 est prescrite. Je ne peux admettre ce raisonnement qui confond le présent recours avec l'action en répétition de taxes elle-même et qui ne tient pas compte des principes en matière de prescription et de son interruption.

j L'action en répétition de taxes a été prise par Willmor, contribuable insatisfait, dans le délai de cinq ans imposé par le par. 2260(8) *C.c.B.-C.* Dans *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Ste-Foy*, pré-

Beetz J. noted at pp. 446-47, that "[r]eimbursement of the tax paid in error is due from the moment the tax is paid, for from that time the taxpayer can legally claim to have the tax annulled and to be reimbursed". The point from which the prescription for claims to recover taxes runs is thus in the present case the day of the forced sale, namely December 19, 1972. The action to quash the municipal by-laws and set aside the sale was brought on December 10, 1973, that is within the five-year period and also within the one-year period provided for in s. 530 of the *Cities and Towns Act* for an action to set aside a sale.

Article 2224 *C.C.L.C.* deals with the civil interruption of prescription:

2224. The filing of a judicial demand in the office of the court creates a civil interruption provided that demand is served within sixty days of the filing in accordance with the Code of Civil Procedure upon the person whose prescription it is sought to hinder.

Such interruption shall continue until final judgment and shall be effective for every party to the action for any right and recourse arising from the same source as the demand.

Martineau (*La prescription* (1977)) explains the effects of a prescription interruption as follows, at p. 333:

[TRANSLATION] The prescription interruption affects the past but does not prevent a new prescription beginning to run.

The interrupted prescription ceases and all the time elapsed before the interrupting event occurred is lost. That time cannot be used in calculating the period of the new prescription: one starts from scratch.

When prescription is interrupted by a court action, [TRANSLATION] "as long as the proceeding lasts the prescription cannot be completed: the effect of the interruption continues so long as the outcome of the action is unresolved" (*idem*, at p. 334).

Since the final judgment is that rendered by the Court of Appeal on December 29, 1981, the pre-

cité, le juge Beetz fait remarquer, aux pp. 446 et 447, que «le remboursement de la taxe payée par erreur est exigible dès que la taxe est payée car dès ce moment le contribuable peut légalement réclamer en justice l'annulation de la taxe et son remboursement». Le point de départ de la prescription pour demander la répétition des taxes est donc, dans le cas présent, le jour de la vente forcée, soit le 19 décembre 1972. L'action en annulation des règlements municipaux et en annulation de la vente a été intentée le 10 décembre 1973, soit à l'intérieur du délai de cinq ans et aussi dans le délai d'un an prévu à l'art. 530 de la *Loi sur les cités et villes* pour une action en annulation de vente.

L'article 2224 *C.c.B.-C.* porte sur l'interruption civile de la prescription:

2224. Le dépôt d'une demande en justice au greffe du tribunal forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée conformément au Code de procédure civile à celui qu'on veut empêcher de prescrire, dans les soixante jours du dépôt.

Cette interruption se continue jusqu'au jugement définitif et elle vaut en faveur de toute partie à l'action pour tout droit et recours résultant de la même source que la demande.

Martineau (*La prescription* (1977)) explique ainsi les effets de l'interruption de la prescription, à la p. 333:

L'interruption de prescription affecte le passé mais ne fait pas obstacle à ce qu'une nouvelle prescription commence à courir.

La prescription interrompue est détruite et tout le temps écoulé avant l'arrivée de l'événement interruptif est perdu. Ce temps ne peut être utilisé dans le calcul du délai de la nouvelle prescription; on repart à zéro.

Lorsque la prescription est interrompue par une demande en justice, «tant que l'instance dure, la prescription ne peut pas s'accomplir; l'effet de l'interruption se continue tant qu'on n'est pas fixé sur le sort de la demande» (*idem*, à la p. 334).

Puisque le jugement définitif est celui rendu par la Cour d'appel le 29 décembre 1981, c'est à partir

scription begins to run again from that date. With regard to the length of the new prescription, art. 2264 C.C.L.C. provides:

2264. After renunciation or interruption, except as to prescription by ten years in favor of subsequent purchasers, prescription recommences to run for the same time as before, if there be no novation . . .

Baudry-Lacantinerie (*Précis de droit civil* (1912)) explains this as follows, at p. 831:

[TRANSLATION] The new prescription which begins to run after the interruption is in principle of the same nature as the old prescription, and so remains subject to the same rules. . . . Thus if a prescription begins in the conditions required for expiry in ten to twenty years and it is interrupted, the new prescription will still be ten to twenty years. . .

Did Willmor exercise its remedy in time? The Court is dealing here with a remedy which is in a way the second stage of an action to recover taxes. The final judgment rendered by the Court of Appeal on December 29, 1981 does not completely settle Willmor's fate. In my view all the conditions set out in the second paragraph of art. 2224 C.C.L.C. are met. The recovery of taxes is the "source" of the initial demand, to use the language of that article. It is also the source of the action to recover the price of the sale, substituted for ownership of the immovable under art. 1051, and the subject of the City's obligation. It should be noted that while the right of action here is of the same source as the action to quash the sale, that is, recovery of taxes, and so benefits from the interruption of the prescription, this second action is distinct from the first since it is based on a new act by the defendant City, the sale of the immovable to a *bona fide* third party. It is thus not an action in execution of the first judgment that is prescribed after 30 years pursuant to art. 2265 C.C.L.C., nor a matter which is *res judicata* under the first judgment, unlike the situations considered by Taschereau J. in *Marquis v. Lussier*, [1960] S.C.R. 442.

The claim for reimbursement on account of the sale of another's property was introduced by the

de cette date que la prescription recommence à courir. Quant au délai de la nouvelle prescription, l'art. 2264 C.c.B.-C. prévoit:

2264. Après la renonciation ou l'interruption, excepté quant à la prescription de dix ans en faveur des tiers, la prescription recommence à courir par le même temps qu'auparavant, s'il n'y a novation . . .

Baudry-Lacantinerie (*Précis de droit civil* (1912)) l'explique ainsi, à la p. 831:

La nouvelle prescription qui commence à courir après l'interruption conserve en principe le même caractère que l'ancienne, et demeure par conséquent soumise aux mêmes règles. [. . .] Ainsi, une prescription, commencée dans les conditions requises pour pouvoir s'accomplir par dix à vingt ans, ayant été interrompue, la nouvelle prescription sera toujours celle de dix à vingt ans . . .

Willmor a-t-elle exercé son recours à temps? Nous sommes concernés ici par un recours qui est en quelque sorte la deuxième étape d'une action en répétition de taxes. Le jugement final prononcé par la Cour d'appel le 29 décembre 1981 ne règle pas de façon complète le sort de Willmor. À mon avis, toutes les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'art. 2224 C.c.B.-C. sont réunies. La répétition des taxes est la «source» de la demande initiale, pour reprendre le terme de cet article. Elle est également la source du recours en recouvrement du prix de vente, substitué à la propriété de l'immeuble selon l'art. 1051, et objet de l'obligation de la Ville. À noter que si le droit d'action ici est de même source que l'action en annulation de la vente, c'est-à-dire la répétition des taxes, et bénéficie donc de l'interruption de la prescription, ce deuxième recours est distinct du premier puisque fondé sur un fait nouveau de la Ville défenderesse, la vente de l'immeuble à un tiers de bonne foi. Il ne s'agit donc pas d'un recours en exécution du premier jugement prescriptible par 30 ans aux termes de l'art. 2265 C.c.B.-C. ni d'une matière sur laquelle il y aurait chose jugée par le premier jugement, à la différence des hypothèses envisagées par le juge Taschereau dans *Marquis c. Lussier*, [1960] R.C.S. 442.

La demande en remboursement en raison de la vente du bien d'autrui a été introduite par l'amen-

amendment of October 30, 1987 to an action brought on February 21, 1984 — and so within the five-year period after the Court of Appeal's judgment — which the Court of Appeal correctly characterized as an action in damages for fraudulent sale. The action was based on a delictual fault alleged against the City causing damage, not on the fact of the sale of the thing of another as such or on art. 1051 C.C.L.C. The conclusions were based only on allegations of damage caused by the fraudulent sale and in no way on the receipt by the City of the selling price for the immovable, unlike the action in *O'Neill v. Canadian International Paper Co.*, [1973] S.C.R. 802, in which an amount was claimed both under a contract and for misrepresentation.

Although brought within the five-year period, Willmor's action for damages was nonetheless subject to a six-month prescription under s. 586 of the *Cities and Towns Act*:

586. Every action, suit or claim against the municipality or any of its officers or employees, for damages resulting from offences or quasi-offences, or illegalities, shall be prescribed by six months from the day on which the cause of action accrued, any provision of law to the contrary notwithstanding.

The action for damages has thus been prescribed since June 1982 and the subsequent amendment, relying on the sale of another's property, being itself outside the five-year period, could not revive the right of action, which, as it was exercised out of time, also could not be a means of interrupting the prescription.

It certainly could not be argued that as the amendment was allowed by a judgment which was not appealed, it in some way retroactively rectifies the claim so that it will be valid in its modified form from its date of origin within the five-year prescription period to which it would thus be subject.

To argue this would be to ignore the fact that a judgment authorizing an amendment is essentially interlocutory and, as LeBel J.A. writes ("L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile

dement du 30 octobre 1987 à une action intentée le 21 février 1984 — soit à l'intérieur du délai de cinq ans depuis le jugement de la Cour d'appel — que la Cour d'appel a correctement qualifiée d'action en dommages pour vente frauduleuse. L'action était fondée sur une faute délictuelle reprochée à la Ville et cause de dommages et non sur le fait de la vente de la chose d'autrui comme telle ni sur l'art. 1051 C.c.B.-C. Les conclusions étaient basées sur les seules allégations de dommages causés par la vente frauduleuse et aucunement sur la réception par la Ville d'un prix de vente de l'immeuble, ceci à la différence du recours en cause dans *O'Neill c. Canadian International Paper Co.*, [1973] R.C.S. 802, où un montant était réclamé à la fois en vertu d'un contrat et pour représentations frauduleuses.

Quoiqu'intentée dans le délai de cinq ans, l'action en dommages de Willmor était cependant assujettie à une prescription de six mois en vertu de l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes*:

586. Toute action, poursuite ou réclamation contre la municipalité ou l'un de ses fonctionnaires ou employés, pour dommages résultant de délits, de quasi-délits ou d'illégalités, est prescrite par six mois à partir du jour où le droit d'action a pris naissance, nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire.

L'action en dommages était donc prescrite depuis juin 1982 et l'amendement ultérieur, invoquant la vente du bien d'autrui, lui-même hors le délai de cinq ans, ne pouvait faire revivre le droit d'action qui, exercé hors délai, ne pouvait non plus être une cause d'interruption de la prescription.

On ne saurait prétendre que l'amendement, ayant été accueilli par un jugement dont il n'y a pas eu appel, réforme en quelque sorte la demande rétroactivement pour valoir dans sa forme modifiée à compter de sa date d'origine à l'intérieur du délai de prescription de cinq ans à laquelle elle serait ainsi assujettie.

Le prétendre serait ignorer qu'un jugement autorisant un amendement est, par essence, interlocutoire et, comme l'écrit le juge LeBel («L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile qué-

québécoise" (1986), 17 R.G.D. 391, at p. 402), does not have [TRANSLATION] "a final effect on the proceeding. . . . Though amended, the action may still ultimately be dismissed; the final judgment will be able to correct this decision rendered in the course of the proceeding". The interlocutory judgment allowing the amendment cannot be binding on the judge of the merits. As Bissonnette J. noted, in *Coupal v. Crispino*, [1965] Que. Q.B. 189, at p. 192:

[TRANSLATION] Accordingly, while the right to the amendment is, with one exception, absolute, the judge only has to consider whether the right exists, regardless of the validity of the amendment, as the effects of the latter are retroactive to the date of the proceeding of which it is a part. Also, as this amendment is open to challenge on other grounds, it seems more prudent to refrain from expressing an opinion on any eventual bar to the right of action, before the amendment itself.

Although the Superior Court and the Court of Appeal did not rule specifically on the amendment, this Court could not allow a prescribed remedy to be revived by means of a proceeding which furthermore is in itself belated.

4. *Unjust Enrichment*

The Court of Appeal dismissed Willmor's arguments regarding unjust enrichment based on Baudouins' comments, *supra*, at p. 335: [TRANSLATION] "The action *de in rem verso* must also be dismissed when some other remedy was open to the impoverished party and he allowed it to be prescribed." In the present case it was possible to bring an action based on unjust enrichment by way of an action to recover a thing not due, namely, as we have seen, the payment of taxes through the forced sale of Willmor's immovables. That action is prescribed under the particular provisions governing it. It constitutes the only action for unjust enrichment in the case at bar.

IV — Conclusion

I conclude that the action brought by Willmor, although well founded in law, is prescribed. In the circumstances, I am of the view that costs should not be awarded.

bécoise» (1986), 17 R.G.D. 391, à la p. 402), n'a pas «d'effet définitif sur le litige [...] Bien qu'amendée, la procédure pourra toujours être rejetée éventuellement; le jugement final sera capable de remédier à cette décision rendue en cours de procès». Le jugement interlocutoire accueillant l'amendement ne saurait lier le juge du fond. C'est ainsi que le juge Bissonnette fait remarquer, dans *Coupal c. Crispino*, [1965] B.R. 189, à la p. 192:

Donc si le droit à l'amendement est, à une exception près, absolu, le juge est appelé à considérer seulement si ce droit existe, sans égard à la valeur de cet amendement, car celui-ci, dans ses effets, rétroagit à la date de l'acte de procédure auquel il s'intègre. Aussi, comme cet amendement est susceptible d'être attaqué par d'autres moyens, il semble plus sage de s'abstenir d'émettre une opinion sur toute cause éventuelle de déchéance du droit d'action, avant l'amendement même.

Quoique la Cour supérieure et la Cour d'appel ne se soient pas spécifiquement prononcées sur l'amendement, on ne saurait admettre de faire revivre un recours prescrit et ce, par le biais d'un acte de procédure, au surplus lui-même tardif.

4. *L'enrichissement sans cause*

La Cour d'appel rejette les prétentions de Willmor relatives à l'enrichissement sans cause en s'appuyant sur les remarques de Baudouin, *op. cit.*, à la p. 335: «L'action *de in rem verso* doit également être refusée lorsque l'appauvri disposait d'un autre recours qu'il a laissé prescrire.» En l'occurrence, il y avait ouverture à un recours fondé sur l'enrichissement sans cause sous forme d'une action en répétition de l'indu, soit, comme nous l'avons vu, du paiement de taxes par le biais de la vente forcée des immeubles de Willmor. Ce recours est prescrit selon le régime particulier qui le régit. Il incarne l'unique recours en enrichissement sans cause dans l'espèce.

IV — Conclusion

Je conclus que le recours intenté par Willmor, quoique bien fondé en droit, est prescrit. Dans les circonstances, je suis d'avis qu'il y a lieu de ne pas accorder de dépens.

The appeal is dismissed without costs.

Le pourvoi est rejeté sans frais.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

*Solicitors for the appellant: Chait Amyot, a
Montréal.*

*Procureurs de l'appelante: Chait Amyot,
Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Hébert Denault,
Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Hébert Denault,
Montréal.*

Scott Jones Appellant**Scott Jones** Appellant

v.

c.

Her Majesty The Queen Respondent^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

INDEXED AS: R. v. JONES

RÉPERTORIÉ: R. c. JONES

File No.: 23157.

^b N° du greffe: 23157.

1993: October 12; 1994: May 12.

1993: 12 octobre; 1994: 12 mai.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

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

Criminal law — Dangerous offenders — Sexual offences — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether admission in evidence of results of pre-trial psychiatric examinations violated accused's right against self-incrimination — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 537(1)(b), 755.

^d *Droit criminel — Délinquants dangereux — Infractions d'ordre sexuel — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaidant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — L'admission en preuve des résultats des examens psychiatriques préalables au procès a-t-elle violé le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 537(1)b), 755.*

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right against self-incrimination — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether admission in evidence of results of pre-trial psychiatric examinations violated accused's right against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de ne pas s'incriminer — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaidant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — L'admission en preuve des résultats des examens psychiatriques préalables au procès a-t-elle violé le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether accused's right to counsel violated when he was not advised that psychiatric investigation could include

^f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaidant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — Le*

observations with respect to his future dangerousness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

The accused was convicted of rape, gross indecency and attempted rape of three girls in 1982 and was sentenced to five years' imprisonment. In 1986, while on parole, he was charged with three counts of sexual assault with a weapon and three counts of unlawful confinement. His counsel obtained an order under s. 537(1)(b) of the *Criminal Code* remanding the accused into custody for observation to assess his mental state. The accused was examined by two psychiatrists and one psychologist. He was warned that whatever he told the psychiatrists could be used against him and might be included in a report to the court. He was not specifically told, however, that what he said on the examination could be used to assist in determining whether he was a dangerous offender. One psychiatrist told the accused that he had the right to refuse to answer questions and had the right to consult counsel prior to answering any questions. The accused pleaded guilty to one count each of sexual assault and sexual assault with a weapon. During the dangerous offender proceedings that followed, the trial judge held a *voir dire* to determine the admissibility of evidence from the two psychiatrists and the psychologist. He rejected defence counsel's argument that admitting the evidence would violate the accused's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He declared the accused to be a dangerous offender and gave him an indeterminate sentence. The Court of Appeal upheld the decision.

Held (Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: Where there is psychiatric evidence legally obtained pursuant to an order under s. 537(1)(b) of the *Code* relevant to assessing the extent of an offender's dangerousness, it should be admitted at the sentencing stage. The results of the psychiatric observation are not used to "incriminate" the accused at his dangerous offender proceedings, since he has already been found guilty of the offence with which he was charged. Once guilt has been established, the court places greater emphasis on the interests of society in developing a sentence that is appropriate to the guilty party. As with

droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé du fait qu'on ne l'a pas avisé que l'examen psychiatrique pourrait inclure des observations sur sa dangerosité future? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

En 1982, l'accusé a été reconnu coupable d'avoir commis des infractions de viol, de grossière indécence et de tentative de viol contre trois fillettes et il a été condamné à cinq ans de prison. En 1986, alors qu'il était en liberté conditionnelle, il a fait l'objet de trois chefs d'agression sexuelle armée et de trois chefs de séquestration. Son avocat a obtenu que soit rendue, conformément à l'al. 537(1)b) du *Code criminel*, une ordonnance renvoyant l'accusé sous garde pour observation afin d'évaluer son état mental. L'accusé a été examiné par deux psychiatres et un psychologue. Il a été averti que tout ce qu'il dirait aux psychiatres pourrait être utilisé contre lui et être inclus dans un rapport destiné à la cour. Toutefois, on ne lui a pas dit expressément que ce qu'il dirait lors de l'examen pourrait servir à déterminer s'il était un délinquant dangereux. Un psychiatre a expliqué à l'accusé qu'il avait le droit de ne pas répondre aux questions et de consulter un avocat avant de répondre à quelque question que ce soit. L'accusé a plaidé coupable relativement à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'agression sexuelle armée. Pendant les procédures qui ont été engagées par la suite en vue de déterminer si l'accusé était un délinquant dangereux, le juge du procès a tenu un *voir-dire* portant sur l'admissibilité de la preuve émanant des deux psychiatres et du psychologue. Il a rejeté l'argument de l'avocat de la défense selon lequel l'admission de cette preuve porterait atteinte aux droits que garantissait à l'accusé l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a déclaré l'accusé délinquant dangereux et lui a infligé une peine de durée indéterminée. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Lorsqu'on dispose d'une preuve psychiatrique qui a été légalement obtenue en exécution d'une ordonnance fondée sur l'al. 537(1)b) du *Code* et qui est pertinente pour apprécier la dangerosité du délinquant, cette preuve devrait être admise à l'étape de la détermination de la peine. Les résultats de l'observation psychiatrique ne servent pas à «incriminer» l'accusé lors des procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux, puisqu'il a déjà été reconnu coupable de l'infraction qui lui était reprochée. Une fois la culpabilité établie, la cour tient davantage compte des

all sentencing, both the public interest in safety and the general sentencing interest of developing the most appropriate penalty for the particular offender dictate the greatest possible range of information on which to make an accurate evaluation of the danger posed by the offender. Dangerous offender sentencing allows the justice system to tailor more precisely the actual time served by the offender to the threat that he poses to society. The overriding aim is not the punishment of the offender but the prevention of future violence through the imposition of an indeterminate sentence. An indeterminate sentence is not an unlimited sentence: the offender faces incarceration only for the period of time that he poses a serious risk to the safety of society. To deny the court access to the earlier findings of the psychiatrists may hinder the effective determination of the true risk posed by the offender. While it is true that under s. 756 the court may remand the offender for observation for the purposes of gathering evidence on his dangerous offender status, the offender may attempt to hide elements of his character or refuse to answer the psychiatrists' questions. As a result, there is a real danger that evidence from the pre-trial psychiatric evaluation which is excluded may not surface in the post-trial phase. While such an exclusion may be acceptable while the guilt of the accused is in question, it cannot be justified after his guilt has been established.

The accused's rights under s. 10(b) of the *Charter* were not violated during the psychiatric examinations. Dangerous offender proceedings are part of the sentencing process, and it is the duty of counsel to make an accused aware of the possible sentence he will be facing as a result of being found guilty of a particular crime. Given the accused's past record, counsel should have been aware that dangerous offender proceedings would likely be pursued by the Crown. The accused requested the tests and was made aware that his statements could be used against him. This general warning was sufficient. Further, the accused was not entitled to a second opportunity to exercise his right to counsel.

Given that the examinations of the accused were designed to provide an assessment of his mental health,

intérêts de la société en décidant de la peine appropriée pour le coupable. Comme c'est toujours le cas en matière de détermination de la peine, l'intérêt public en matière de sécurité ainsi que l'intérêt général à ce que soit fixée la peine la plus appropriée pour le délinquant en question exigent que l'on dispose de la plus grande gamme possible de renseignements pour faire une évaluation exacte du danger que présente le délinquant. Le processus de détermination de la peine à infliger à un délinquant dangereux permet au système de justice de fixer plus exactement la peine que devra effectivement purger le délinquant en fonction de la menace qu'il représente pour la société. L'objet prépondérant est non pas de punir le délinquant, mais de prévenir l'accomplissement de futurs actes de violence par l'imposition d'une peine de durée indéterminée. La peine de durée indéterminée n'est pas illimitée: le délinquant ne sera incarcéré que pendant le temps où il présente un risque sérieux pour la sécurité de la société. En refusant à la cour la possibilité de prendre connaissance des constatations antérieures des psychiatres, on pourrait entraver la détermination efficace du véritable risque que présente le délinquant. Même s'il est vrai qu'aux termes de l'art. 756 la cour peut renvoyer le délinquant pour observation aux fins de recueillir des éléments de preuve sur son statut de délinquant dangereux, le délinquant peut tenter de dissimuler certains aspects de son caractère ou refuser de répondre aux questions des psychiatres. Par conséquent, il y a vraiment un danger que la preuve écartée, qui émane de l'évaluation psychiatrique préalable au procès, ne se manifeste pas postérieurement au procès. Bien qu'une telle exclusion puisse être acceptable au moment où la culpabilité de l'accusé n'est pas encore établie, elle ne saurait se justifier par la suite.

Les droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantissait à l'accusé n'ont pas été violés au cours des examens psychiatriques. Les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux s'insèrent dans le processus de détermination de la peine et il est du devoir de l'avocat d'informer l'accusé de la peine à laquelle il sera exposé s'il est déclaré coupable d'avoir commis un crime donné. Compte tenu des antécédents de l'accusé, l'avocat aurait dû savoir que le ministère public engagerait vraisemblablement des procédures visant à déterminer si l'accusé était un délinquant dangereux. L'accusé a demandé à subir les tests et il a été informé que ses déclarations pourraient être utilisées contre lui. Cette mise en garde générale était suffisante. De plus, l'accusé n'avait pas droit à une seconde possibilité d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat.

Comme les examens qu'a subis l'accusé visaient à évaluer sa santé mentale, ils relevaient de l'ordonnance

they fell within the parameters of the s. 537(1)(b) order made by the trial judge. The evidence so obtained is covered by s. 755 and must be heard by the court on the dangerous offender application if, in the opinion of the court, it is relevant. It is admissible under the *Charter* and there is no basis for reading down s. 755.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ. (dissenting): Section 7 of the *Charter* is engaged in this case because of the serious limitation of liberty inherent in dangerous offender proceedings. This Court has recognized implicitly that the principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice. The word "incriminate" in this context need not be equated with "tending to prove guilt of a criminal offence". Even if dangerous offender proceedings are characterized as part of the sentencing process rather than as a separate proceeding with new penal consequences, the operation of the principle against self-incrimination is by no means excluded.

Under s. 755 of the *Code*, in dangerous offender proceedings "the court shall hear the evidence of at least two psychiatrists and all other evidence that, in its opinion, is relevant". A broad interpretation of this section allows evidence gathered from the accused during psychiatric observation ordered to determine if the accused is or was mentally ill to be used for the purposes of dangerous offender proceedings. This allows for self-incrimination and is thus not in accordance with the principles of fundamental justice. It is irrelevant that the accused in this case requested the order remanding him into custody for observation. The accused requested the order for purposes other than a dangerous offender proceeding. Furthermore, s. 537 does not require the consent of the accused and therefore an order can be made under this section for observation against the wishes of the accused. This is sufficient to constitute a limit on the s. 7 right to liberty.

The limitation on the right to liberty arising on a broad interpretation of s. 755 is not justified under s. 1 of the *Charter*. While the objective of s. 755, which is to protect society from dangerous offenders, is a pressing and substantial concern in our society and is of sufficient importance to warrant limiting a constitutionally

que le juge du procès a rendue en vertu de l'al. 537(1)b). L'article 755 s'applique à la preuve ainsi obtenue, laquelle doit être présentée à la cour saisie de la demande d'attribution du statut de délinquant dangereux si elle la tient pour pertinente. Cette preuve est recevable en vertu de la *Charte* et il n'y a aucune raison de donner à l'art. 755 une interprétation atténuée.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Major (dissidents): L'article 7 de la *Charte* s'applique en l'espèce en raison de la restriction importante de la liberté qu'entraînent nécessairement les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Notre Cour a reconnu implicitement que le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe de justice fondamentale. Dans ce contexte, le mot «incriminer» n'est pas nécessairement synonyme de «tendant à prouver la culpabilité relativement à une infraction criminelle». Même si les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux sont considérées comme faisant partie du processus de la détermination de la peine plutôt que comme une procédure distincte entraînant de nouvelles conséquences pénales, l'application du principe interdisant l'auto-incrimination n'est pas pour autant exclue.

Aux termes de l'art. 755 du *Code*, dans des procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, «le tribunal entend la preuve d'au moins deux psychiatres et toute autre preuve qu'il considère pertinente». L'interprétation large de cet article permet d'utiliser, aux fins des procédures visant à déterminer si l'accusé est un délinquant dangereux, la preuve obtenue de lui au cours d'une observation psychiatrique ordonnée pour déterminer s'il est ou s'il était atteint d'une maladie mentale. Cela permet l'auto-incrimination, ce qui n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il est sans importance que ce soit l'accusé qui, en l'espèce, a demandé l'ordonnance de renvoi sous garde pour observation. L'accusé a sollicité cette ordonnance à d'autres fins que la tenue de procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux. De plus, l'art. 537 n'exige pas le consentement de l'accusé, de sorte qu'une ordonnance de renvoi pour observation peut être rendue en vertu de cet article contre le gré de l'accusé. Cela suffit pour constituer une restriction au droit à la liberté garanti par l'art. 7.

La restriction du droit à la liberté que soulève l'interprétation large de l'art. 755 n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de l'art. 755, qui est de protéger la société contre les délinquants dangereux, représente une préoccupation urgente et réelle dans notre société et qu'il soit suffisamment

protected right or freedom, the means chosen to achieve this objective are unfair in the present case. In order to benefit from the protection afforded by the principles of fundamental justice to the mentally ill against committal or an unfair trial, the accused should not be forced into incriminating him or herself for dangerous offender proceedings. There is also more than minimal impairment of s. 7 here, since observation may be ordered under s. 756 of the *Code*, which has safeguards for the offender and therefore impairs the s. 7 rights less than s. 537(1)(b). A remand order under s. 756 can only be made once the offender has been convicted, whereas a remand order under s. 537(1)(b) can be made before conviction. The presumption of constitutionality approach to statutory interpretation dictates that s. 755 not be read as rendering evidence gathered during psychiatric observation ordered under s. 537(1)(b) admissible at dangerous offender proceedings.

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; **distinguished:** *Estelle v. Smith*, 451 U.S. 454 (1981); *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; **referred to:** *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Vandale*, B.C.C.A., Victoria CA18/84, October 31, 1984; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Hebert, [1990] 2 S.C.R. 151; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices*

important pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont inéquitable en l'espèce. Pour bénéficier de la protection contre l'incarcération ou un procès inéquitable que les principes de justice fondamentale assurent aux personnes atteintes d'une maladie mentale, l'accusé ne devrait pas être contraint à s'incriminer pour les fins de procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux. De plus, en l'espèce, il y a davantage qu'une atteinte minimale à l'art. 7, puisqu'une observation peut être ordonnée en vertu de l'art. 756 du *Code*, qui comporte des garanties pour le délinquant et porte donc moins atteinte que l'al. 537(1)(b) aux droits conférés par l'art. 7. Une ordonnance de renvoi ne peut être rendue en vertu de l'art. 756 qu'une fois que le délinquant a été déclaré coupable, tandis que l'ordonnance de renvoi fondée sur l'al. 537(1)(b) peut être rendue avant. La présomption de constitutionnalité en matière d'interprétation législative exige que l'art. 755 ne soit pas interprété comme rendant admissibles, dans des procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, les éléments de preuve recueillis au cours d'une observation psychiatrique ordonnée en vertu de l'al. 537(1)(b).

^e Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts examinés: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; **distinction d'avec les arrêts:** *Estelle c. Smith*, 451 U.S. 454 (1981); *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; **arrêts mentionnés:** *R. c. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Vandale*, C.A.C.-B., Victoria CA18/84, 31 octobre 1984; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Brusch c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 373; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306.

ⁱ Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur*

Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, aff'g (1965), 51 W.W.R. 251 (B.C.C.A.); *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 11(c), 13, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 465(1)(c) [am. c. 2 (2nd Supp.), s. 6; am. 1972, c. 13, s. 38; rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 58(1)], 688 [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 14], 690 [*idem*].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 537(1)(b) [rep. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 3)], (3) [*idem*], (4) [*idem*], 672.11 [en. *idem*, s. 4], 672.21 [*idem*], 672.65 [*idem* (not yet proclaimed)], 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 753, 755, 756(1), 759(1), (3), (7).

Authors Cited

Canada. Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
 Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1987.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 3. *The Principles of Sentencing and Dispositions*. Ottawa: Information Canada, 1974.
 Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
 Hor, Michael. "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.
 Mewett, Alan W. "Law Enforcement and the Conflict of Values" (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179.
 Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, conf. (1965), 51 W.W.R. 251 (C.A.C.-B.); *Brusch c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10b), 11c), 13, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 537(1)b) [abr. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., numéro 3)], (3) [*idem*], (4) [*idem*], 672.11 [ad. *idem*, art. 4], 672.21 [*idem*], 672.65 [*idem* (non encore en vigueur)], 686(1)b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., numéro 8)], 753, 755, 756(1), 759(1), (3), (7).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 465(1)c) [mod. ch. 2 (2^e suppl.), art. 6; mod. 1972, ch. 13, art. 38; abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 58(1)], 688 [abr. & rempl. 1976-77, ch. 53, art. 14], 690 [*idem*].

Doctrine citée

Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services, 1987.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*. Ottawa: Information Canada, 1974.
 Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
 Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
 Hor, Michael. «The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.
 Mewett, Alan W. «Law Enforcement and the Conflict of Values» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 16 B.C.A.C. 161, 28 W.A.C. 161, 75 C.C.C. (3d) 327, 11 C.R.R. (2d) 65, dismissing the accused's appeal against a sentence of indeterminate detention imposed by Spencer J. (1988), 6 W.C.B. (2d) 208. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 16 B.C.A.C. 161, 28 W.A.C. 161, 75 C.C.C. (3d) 327, 11 C.R.R. (2d) 65, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre la peine de détention pour une période indéterminée imposée par le juge Spencer (1988), 6 W.C.B. (2d) 208. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents.

Richard P. Anderson, Q.C., and G. D. McKinnon, for the appellant.

Richard P. Anderson, c.r., et G. D. McKinnon, pour l'appellant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ. were delivered by

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory et Major rendus par

LAMER C.J. (dissenting) —

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) —

I. Factual Background

I. Historique

On May 28, 1982, the appellant was convicted of rape, gross indecency and attempted rape of three girls aged 10, 12 and 13. He was sentenced to five years' imprisonment. He spent two years in a sex offender program at the Regional Psychiatric Centre and was released on mandatory supervision in 1985.

Le 28 mai 1982, l'appellant a été reconnu coupable d'avoir commis des infractions de viol, de grossière indécence et de tentative de viol contre trois fillettes âgées de 10, 12 et 13 ans. Condamné à cinq ans de prison, il a suivi pendant deux ans un programme pour délinquants sexuels au Centre psychiatrique régional, puis il a été mis en liberté surveillée en 1985.

On November 7, 1986, while on parole, the appellant was charged with three counts of sexual assault with a weapon and three counts of unlawful confinement. His victims were 9, 14 and 26 years old. The assaults on the nine-year-old girl took place just one day after the appellant was asked for a photograph to be used for the investigation of one of the other offences.

Le 7 novembre 1986, alors qu'il était en liberté conditionnelle, l'appellant a fait l'objet de trois chefs d'agression sexuelle armée et de trois chefs de séquestration. Ses victimes étaient âgées de 9, 14 et 26 ans. Les agressions contre la fillette de neuf ans ont eu lieu un jour à peine après qu'on eut demandé à l'appellant une photographie aux fins de l'enquête qui se déroulait relativement à l'une des autres infractions.

Prior to election, the appellant's counsel requested and obtained an order from the court

Avant le choix du mode de procès, la cour a, à la demande de l'avocat de l'appellant, rendu une

pursuant to s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (which became s. 537(1)(b), R.S.C., 1985, c. C-46, and then was repealed by S.C. 1991, c. 43, s. 9 (it will be referred to as s. 537(1)(b) throughout these reasons)). Under this section, the court is empowered to remand an accused to such custody as the court directs for observation where there is evidence and/or reason to believe that the accused may be mentally ill. The appellant's counsel requested the order for the following purposes: to determine whether the accused was fit to stand trial; to determine whether the accused was sane at the time of the offence; and to gain some insight into the accused for the purpose of sentencing. The order itself did not specify a purpose. It simply remanded the accused into custody for observation on the grounds that there was, in the judge's opinion, reason to believe that the accused may have been mentally ill.

On November 18, 1986, the appellant was remanded into custody for psychiatric observation. The appellant was examined by two psychiatrists and one psychologist at the Forensic Psychiatric Institute. The trial judge found, as a matter of fact, that the accused was warned that whatever he told the psychiatrists could be used against him and might be included in a report to the court. However, he was not specifically told that the examination during the 30-day remand at some stage shifted its focus to include an opinion as to whether or not he was a dangerous offender. Nor was he told that what he said on the examination could also be used for the purpose of a determination of whether he was a dangerous offender. One psychiatrist told the appellant that he had the right to refuse to answer questions and had the right to consult counsel prior to answering any questions. The appellant indicated that he understood the warnings, cooperated willingly, and indicated that it was not necessary to consult counsel.

During the first interview, the psychiatrist became concerned about the appellant's potential for future violence. The focus of the observation was therefore broadened to include an inquiry as to

ordonnance conformément à l'al. 465(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (devenu l'al. 537(1)b), L.R.C. (1985), ch. C-46, pour être ensuite abrogé par L.C. 1991, ch. 43, art. 9 (que nous appellerons l'al. 537(1)b) dans les présents motifs)). Cet alinéa habilite la cour à renvoyer le prévenu à la garde qu'elle prescrit pour observation lorsqu'il y a une preuve ou des motifs de croire que le prévenu peut être atteint d'une maladie mentale. L'avocat de l'appelant a demandé l'ordonnance pour les motifs suivants: afin de déterminer si l'accusé était apte à subir son procès, s'il était sain d'esprit au moment de l'infraction, et afin d'obtenir des renseignements sur l'accusé en vue de déterminer la peine à lui imposer. L'ordonnance elle-même ne faisait état d'aucun but particulier. Elle se bornait à renvoyer l'accusé sous garde pour observation parce qu'il y avait, selon le juge, des motifs de croire qu'il pouvait avoir été atteint d'une maladie mentale.

Le 18 novembre 1986, l'appelant a été renvoyé sous garde pour observation psychiatrique et a été examiné par deux psychiatres et un psychologue au Forensic Psychiatric Institute. Le juge du procès a tiré comme conclusion de fait que l'accusé avait été averti que tout ce qu'il dirait aux psychiatres pourrait être utilisé contre lui et être inclus dans un rapport destiné à la cour. Toutefois, on ne lui a pas dit expressément qu'à un moment donné, au cours de la détention de trente jours, l'examen avait été réorienté de manière à inclure une opinion sur la question de savoir s'il était un délinquant dangereux. On ne l'a pas informé non plus que ce qu'il dirait lors de l'examen pourrait également servir à déterminer s'il était un délinquant dangereux. Un psychiatre a expliqué à l'appelant qu'il avait le droit de ne pas répondre aux questions et de consulter un avocat avant de répondre à quelque question que ce soit. L'appelant a indiqué qu'il comprenait les mises en garde, s'est montré très coopératif et a indiqué qu'il n'était pas nécessaire de consulter un avocat.

Au cours de la première entrevue, le psychiatre a commencé à s'inquiéter de la possibilité de futurs actes de violence de la part de l'appelant. La portée de l'examen a donc été élargie de manière à déter-

whether the appellant was a dangerous offender. As a matter of fact, the trial judge found that there was no deliberate deception of the accused. Rather, this was a case in which the defence counsel asked for a limited examination of the accused and the psychiatrist, seeing cause for concern about the accused as a danger to re-offend, pursued that inquiry without telling Jones about it specifically and without referring it back to Jones' counsel.

The appellant pleaded guilty to one count each of sexual assault and sexual assault with a weapon. Following his conviction, an inquiry was held to determine whether he should be sentenced as a dangerous offender. The trial judge held a *voir dire* to determine the admissibility of evidence from the two psychiatrists and the psychologist from the Forensic Psychiatric Institute. Counsel for the appellant challenged the admissibility of the evidence on the grounds that, to admit the results of the pre-trial psychiatric examinations in the dangerous offender proceedings without the consent of the accused and without warning the accused at the time of the interviews that anything he said might be used in dangerous offender proceedings was a violation of the accused's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

II. Decisions Below

On April 29, 1988, the Supreme Court of British Columbia (Spencer J.) found the appellant to be a dangerous offender: (1988), 6 W.C.B. (2d) 208. On July 29, 1992, the Court of Appeal for British Columbia (Toy, Legg and Hinds JJ.A.) dismissed the appeal: (1992), 16 B.C.A.C. 161, 28 W.A.C. 161, 75 C.C.C. (3d) 327, 11 C.R.R. (2d) 65. On December 10, 1992, the Supreme Court of Canada (La Forest, Sopinka and Cory JJ.) granted leave to appeal, [1992] 3 S.C.R., vi, and on October 12, 1993, the appeal was heard by the Supreme Court of Canada.

miner si l'appelant était un délinquant dangereux. En fait, le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait pas été délibérément induit en erreur. Il s'agissait plutôt d'un cas où l'avocat de la défense avait demandé un examen limité de l'accusé et où le psychiatre, constatant qu'il y avait des motifs de craindre que l'accusé ne récidive, a poursuivi l'enquête sans en informer expressément Jones et sans consulter son avocat à ce sujet.

L'appelant a plaidé coupable relativement à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'agression sexuelle armée. À la suite de sa déclaration de culpabilité, une enquête a été tenue pour déterminer s'il y avait lieu de le condamner à titre de délinquant dangereux. Le juge du procès a tenu un *voir dire* afin de décider de l'admissibilité de la preuve émanant des deux psychiatres et du psychologue du Forensic Psychiatric Institute. L'avocat de l'appelant a contesté l'admissibilité de cette preuve pour le motif qu'il y aurait violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* si les résultats des examens psychiatriques préalables au procès étaient admis dans des procédures visant à déterminer si l'accusé était un délinquant dangereux, sans le consentement de ce dernier et sans qu'on ne l'ait informé, au moment des entrevues, que tout ce qu'il dirait pourrait être utilisé dans ces procédures.

II. Juridictions inférieures

Le 29 avril 1988, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Spencer) a conclu que l'appelant était un délinquant dangereux: (1988), 6 W.C.B. (2d) 208. Le 29 juillet 1992, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Toy, Legg et Hinds) a rejeté l'appel: (1992), 16 B.C.A.C. 161, 28 W.A.C. 161, 75 C.C.C. (3d) 327, 11 C.R.R. (2d) 65. Le 10 décembre 1992, la Cour suprême du Canada (les juges La Forest, Sopinka et Cory) a accordé l'autorisation de pourvoi, [1992] 3 R.C.S. vi, lequel a été entendu le 12 octobre 1993.

A. *Supreme Court of British Columbia*

First, the trial judge found as a matter of fact that there was no deliberate deception of the appellant:

... this is simply a case where the Defence asked for a limited examination of the accused and where Dr. Lohrasbe seeing cause for concern about the accused as a danger to re-offend, pursued that inquiry without telling Jones about it specifically and without referring it back to Jones' counsel.

The indicia of danger which has been put before me on the voir dire in the psychiatrist's opinions, emerges in the ordinary course of a consensual examination pursuant to s. 465, subsection (c).

Second, the trial judge rejected the defence argument that s. 7 of the *Charter* requires that no accused person who undergoes a pre-trial psychiatric examination to determine his fitness to stand trial or his sanity at the time of an alleged offence should have the contents of his interviews granted during the examination tendered against him in dangerous offender proceedings without his consent or unless he was warned at the time of the possibility of those interviews being used in dangerous offender proceedings.

... it is my view that the Charter of Rights and Freedoms does not permit me as a trial judge to legislate restrictions on the use to which evidence properly obtained under s. 456(c) [sic] of the Criminal Code on a pre-trial psychiatric examination, may be put in the guise of protecting a constitutional right under s. 7. My function is to determine what right exists under s. 7 and not to create one as if by legislation. The only right that I can find is one which is exemplified in s. 11, subsection (c), that is, the right against self-incrimination. In that section, it is limited to those who are charged with an offence. It might have been a broader right under s. 7 extending to those who are no longer technically charged with an offence but for the fact that the criminal law of this country, at the highest level, in *R. v. Wilband*, has denied the existence of any such right.

... I have also found a case decided last year in the Ontario Court of Appeal, *Thomson Newspapers v. The*

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

En premier lieu, le juge du procès a tiré comme conclusion de fait que l'appelant n'avait pas été délibérément induit en erreur:

[TRADUCTION] ... il s'agit simplement d'un cas où la défense a demandé un examen limité de l'accusé et où le Dr Lohrasbe, constatant qu'il y avait des motifs de craindre que l'accusé ne récidive, a poursuivi l'enquête sans en informer expressément Jones et sans consulter son avocat à ce sujet.

Les indices du risque dont j'ai été saisi lors du témoignage des psychiatres, à l'occasion du voir-dire, se dégagent dans le cours normal d'un examen consensuel effectué conformément à l'al. 465c).

En deuxième lieu, le juge du procès a rejeté l'argument de la défense selon lequel l'art. 7 de la *Charte* interdit que l'accusé qui subit, préalablement au procès, un examen psychiatrique pour déterminer s'il est apte à subir son procès ou s'il était sain d'esprit au moment de l'infraction reprochée voie produire contre lui, sans son consentement, dans des procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux, le contenu des entrevues qu'il a accordées au cours de l'examen, à moins d'avoir été averti à ce moment-là de la possibilité que ces entrevues soient utilisées dans lesdites procédures.

[TRADUCTION] ... à mon avis, la Charte des droits et libertés ne me permet pas, en tant que juge du procès, de prescrire des restrictions à l'usage que, sous prétexte de protéger un droit constitutionnel garanti par l'art. 7, on peut faire d'éléments de preuve légitimement obtenus en vertu de l'al. 456c) (sic) du Code criminel lors d'un examen psychiatrique préalable au procès. Mon rôle consiste à déterminer quel droit est garanti par l'art. 7 et non pas à en créer un comme si je remplissais une fonction législative. L'unique droit dont je puisse constater l'existence est celui visé à l'al. 11c), c'est-à-dire le droit de ne pas s'incriminer. Dans cette disposition, ce droit est limité aux inculpés. On aurait pu trouver à l'art. 7 un droit plus général reconnu également aux personnes qui, techniquement, ne sont plus inculpées, n'était-ce du fait que les plus hautes instances ont, dans l'arrêt *R. c. Wilband*, nié l'existence d'un tel droit en droit criminel canadien.

... j'ai également trouvé l'arrêt *Thomson Newspapers c. The Director of Investigation and Research* (1986), 30

Director of Investigation and Research (1986), 30 C.C.C. (3d) 145 decided in 1986, not 1987. That case stands for the proposition that the only rights against self-incrimination now known to the law of Canada are those which are found in s. 11, subsection (c) and s. 13 of the Charter. S. 13, of course, has no application to the case before me. But that reinforces my view that there is no separate right contained in s. 7. I note also the imprimatur of the Supreme Court of Canada in the *Big M Drug Mart case* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385, that the Charter itself was not enacted in vacuum. And I apply that in this case to tell me that the Charter, ss. 7 and 11, subsection (c) were enacted in the context of *R. v. Wilband* which had already denied the existence of any right against self-incrimination except with respect to persons charged with offences who were speaking to people in authority.

The trial judge concluded:

I make this final point; my powers under the Charter are limited. I may declare legislation to be unconstitutional — and I am not asked to do that here — or I may exclude evidence under the provisions of s. 24, subsection (2) where it was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by the Charter and then only if the applicant proves, on the balance of probabilities, that its admission would bring the administration of justice into disrepute. In my opinion, as I have said, there is no right of the accused that has been infringed here. Rather, what is happening, is that evidence not unlawfully obtained and highly relevant to an issue of great importance, both to the accused and to the public interest, is being tendered in accordance with the law. To exclude it, I am invited to declare a limitation on s. 465, subsection (c) of the Criminal Code and then to rule out the evidence as a breach of that limitation. I must decline to do that. If it is thought necessary so to limit the reach of s. 465, subsection (c) of the Code, that is a matter which ought to be dealt with by legislation and not by a trial judge.

On the basis of all of the evidence before him (including the evidence gathered during the observation conducted under the s. 537(1)(b) remand order), the trial judge concluded that there was a danger the appellant would commit similar offences against girls or physically small women. He concluded that the appellant lacked the ability

C.C.C. (3d) 145, que la Cour d'appel de l'Ontario a rendu l'année dernière, c'est-à-dire en 1986 et non pas en 1987. D'après cet arrêt, les seuls droits à la protection contre l'auto-incrimination que l'on connaisse en droit canadien sont ceux énoncés à l'al. 11c) et à l'art. 13 de la Charte. Il va sans dire que l'art. 13 ne s'applique pas en l'espèce. Mais cela me renforce dans mon opinion que l'art. 7 n'énonce pas de droit distinct. Je souligne également l'approbation de la Cour suprême du Canada qui, dans l'arrêt *Big M Drug Mart* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385, a dit que la Charte elle-même n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte. Appliquant cette affirmation en l'espèce, je conclus que l'art. 7 et l'al. 11c) de la Charte ont été adoptés dans le contexte de l'arrêt *R. c. Wilband* qui avait déjà nié l'existence de tout droit de ne pas s'incriminer, sauf en ce qui concernait les inculpés qui s'adressaient à des personnes en autorité.

Le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] Je souligne en dernier lieu que la Charte ne me confère que des pouvoirs limités. Il m'est permis soit de déclarer inconstitutionnel un texte législatif — ce qu'on ne me demande pas de faire en l'espèce —, soit d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) lorsqu'ils ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte, mais, encore là, seulement si le requérant prouve, selon la prépondérance des probabilités, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. À mon avis, comme je l'ai déjà indiqué, aucun droit de l'accusé n'a été violé en l'espèce. Ce qui arrive plutôt c'est que des éléments de preuve qui n'ont pas été obtenus illégalement et qui ont une grande pertinence relativement à une question très importante, tant pour l'accusé que pour l'intérêt public, sont légalement produits en preuve. On demande de les écarter en imposant une restriction à l'al. 465c) du Code criminel, puis en déclarant qu'il y a eu violation de cette restriction. Je dois refuser de le faire. S'il est jugé nécessaire de limiter la portée de l'al. 465c) du Code, c'est au législateur et non pas au juge du procès qu'il appartient d'y voir.

Sur la foi de la totalité de la preuve produite devant lui (y compris celle recueillie au cours de l'observation effectuée en vertu de l'ordonnance de renvoi fondée sur l'al. 537(1)(b)), le juge du procès a conclu à l'existence d'un risque que l'appellant commette des infractions analogues contre des fillettes ou des femmes de petite taille. Il a décidé

to prevent himself from committing assaults. He therefore declared the appellant to be a dangerous offender within the meaning of s. 688(a)(i) and (ii) (now s. 753(a)(i) and (ii)) and s. 688(b) (now s. 753(b)) of the *Criminal Code* and gave him an indeterminate sentence.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1992), 75 C.C.C. (3d) 327

Legg J.A. considered whether there was a limitation of the appellant's right to silence under s. 7 of the *Charter* given the following circumstances of the case: (1) the order made under s. 537(1)(b) was not restricted to an assessment of whether the appellant was mentally ill at the time of the offences for which he was charged or whether he was fit to stand trial but rather encompassed an assessment of whether the appellant was mentally ill; (2) the appellant had counsel; (3) with counsel's advice, the appellant agreed to the psychiatric examinations; (4) the appellant was aware that what he said was not protected by confidentiality and might be incorporated into a report to the court; (5) the appellant spoke freely and openly to the doctors and did not assert his right to silence; and (6) the doctors did not engage in any sort of tricks to induce the appellant to speak to them.

Legg J.A. concluded, at pp. 338-39, that the appellant's right to silence under s. 7 was not limited. He quoted the following passage from the reasons of McLachlin J. in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 180:

The *Charter* through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical. . . .

que l'appelant ne pouvait s'empêcher de commettre des agressions. Il l'a, en conséquence, déclaré délinquant dangereux au sens des sous-al. 688a)(i) et (ii) (maintenant les sous-al. 753a)(i) et (ii)) et de l'al. 688b) (maintenant l'al. 753b)) du *Code criminel* et lui a infligé une peine de durée indéterminée.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1992), 75 C.C.C. (3d) 327

Le juge Legg de la Cour d'appel a examiné s'il y avait une limite au droit de garder le silence, dont jouissait l'appelant aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, compte tenu des circonstances suivantes: (1) l'ordonnance fondée sur l'al. 537(1)(b) ne visait pas qu'à déterminer si l'appelant était atteint d'une maladie mentale au moment de la perpétration des infractions dont il a été accusé ou s'il était apte à subir son procès, mais elle visait aussi à déterminer simplement s'il était atteint d'une maladie mentale, (2) l'appelant a bénéficié de l'assistance d'un avocat, (3) sur le conseil de son avocat, l'appelant a accepté de subir les examens psychiatriques, (4) l'appelant savait que ce qu'il dirait n'était pas sous le sceau de la confidentialité et pourrait être inclus dans un rapport adressé à la cour, (5) l'appelant a parlé franchement et ouvertement aux médecins, sans invoquer son droit de garder le silence, et (6) les médecins n'ont eu recours à aucun subterfuge pour amener l'appelant à s'ouvrir à eux.

Le juge Legg a conclu, aux pp. 338 et 339, que le droit de garder le silence, dont jouissait l'appelant en vertu de l'art. 7, n'était pas limité. Il a cité le passage suivant des motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 180:

Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial . . .

The right to silence conferred by s. 7 reflects these values. The suspect, although placed in the superior power of the state upon detention, retains the right to choose whether or not he will make a statement to the police. To this end, the *Charter* requires that the suspect be informed of his or her right to counsel and be permitted to consult counsel without delay. If the suspect chooses to make a statement, the suspect may do so. But if the suspect chooses not to, the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his or her choice.

In the case at bar, the state had the power to limit the appellant's liberty by detaining him for the purpose of determining whether he was mentally ill. This intrusion was made with his consent. Furthermore, although the doctors were "agents of the state", they were not undercover and they did not resort to trickery to persuade the appellant to speak. Rather, they warned him that what he said could be used against him and he chose to speak with them. The "critical balance" referred to in *Hebert* was maintained between the appellant's right to protection against the unfair use by the state of its superior resources and the state's obligation to respect fundamental principles of justice.

The Court of Appeal held that there was no breach of the appellant's s. 7 rights and dismissed the appeal.

III. Relevant Legislation

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

537. (1) A justice acting under this Part may

. . .

(b) by order in writing,

. . .

(ii) remand an accused to such custody as the justice directs for observation for a period not exceeding thirty days,

where, in his opinion, supported by the evidence, or where the prosecutor and the accused consent, by the

Le droit de garder le silence conféré par l'art. 7 reflète ces valeurs. Bien qu'assujéti au pouvoir supérieur de l'État au moment de la détention, le suspect conserve le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux policiers. À cette fin, la *Charte* exige que le suspect soit avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il puisse y avoir recours sans délai. Si le suspect choisit de faire une déclaration, il peut le faire. Mais si le suspect choisit de ne pas en faire, l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix.

En l'espèce, l'État avait le pouvoir de limiter la liberté de l'appelant en le détenant aux fins de déterminer s'il était atteint d'une maladie mentale. Cette atteinte à la liberté de l'appelant a eu lieu avec son consentement. De plus, même si les médecins étaient des [TRADUCTION] «mandataires de l'État», il ne s'agissait pas d'agents secrets et ils n'ont pas eu recours à la ruse pour amener l'appelant à parler. Au contraire, ils l'ont averti que ce qu'il dirait pourrait être utilisé contre lui et l'appelant a choisi de leur parler. L'«équilibre crucial» évoqué dans l'arrêt *Hebert* a donc été maintenu entre le droit de l'appelant à la protection contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État et l'obligation de l'État de respecter les principes de justice fondamentale.

La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 7, et a rejeté l'appel.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

537. (1) Un juge de paix agissant en vertu de la présente partie peut:

. . .

b) dans une ordonnance par écrit adressée à un prévenu:

. . .

(ii) . . . le renvoyer à la garde qu'il prescrit pour observation pendant trente jours au plus,

lorsque, suivant son opinion, appuyée par le témoignage ou, lorsque le poursuivant et le prévenu y con-

report in writing, of at least one duly qualified medical practitioner, there is reason to believe that

(iii) the accused may be mentally ill,

sentent, par le rapport écrit d'au moins un médecin dûment qualifié, il y a des motifs de croire que . . .

(iii) le prévenu peut être atteint d'une maladie mentale,

(3) Where, as a result of observations made pursuant to an order issued under paragraph (1)(b), it appears to a justice that there is sufficient reason to doubt that the accused is, on account of insanity, capable of conducting his defence, the justice shall direct that an issue be tried whether the accused is then, on account of insanity, unfit to conduct his defence at the preliminary inquiry.

(4) Where the justice directs the trial of an issue under subsection (3), he shall proceed in accordance with section 615 in so far as that section may be applied.

672.11 A court having jurisdiction over an accused in respect of an offence may order an assessment of the mental condition of the accused, if it has reasonable grounds to believe that such evidence is necessary to determine

(a) whether the accused is unfit to stand trial;

(b) whether the accused was, at the time of the commission of the alleged offence, suffering from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1);

672.21 (1) In this section, "protected statement" means a statement made by the accused during the course and for the purposes of an assessment or treatment directed by a disposition, to the person specified in the assessment order or the disposition, or to anyone acting under that person's direction.

(2) No protected statement or reference to a protected statement made by an accused is admissible in evidence, without the consent of the accused, in any proceeding before a court, tribunal, body or person with jurisdiction to compel the production of evidence.

(3) Notwithstanding subsection (2), evidence of a protected statement is admissible for the purpose of

(a) determining whether the accused is unfit to stand trial;

(b) making a disposition or placement decision respecting the accused;

(3) Le juge de paix, qui, compte tenu des observations faites à la suite de l'ordonnance rendue conformément à l'alinéa (1)b), a des raisons suffisantes de douter de la capacité du prévenu, pour cause d'aliénation mentale, de mener sa défense, doit ordonner que cette question soit tranchée dès l'enquête préliminaire.

(4) Le juge de paix qui ordonne qu'une question soit tranchée conformément au paragraphe (3) doit se conformer à l'article 615 dans la mesure où il peut s'appliquer.

672.11 Le tribunal qui a compétence à l'égard d'un accusé peut rendre une ordonnance portant évaluation de l'état mental de l'accusé s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une preuve concernant son état mental est nécessaire pour:

a) déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès;

b) déterminer si l'accusé était atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle en application du paragraphe 16(1) au moment de la perpétration de l'infraction reprochée;

672.21 (1) Au présent article, «déclaration protégée» s'entend de la déclaration faite par l'accusé dans le cadre de l'évaluation ou du traitement prévu par une décision à la personne désignée dans l'ordonnance d'évaluation ou la décision ou à un préposé de cette personne.

(2) Les déclarations protégées ou la mention d'une déclaration protégée faite par l'accusé ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé dans toute procédure devant un tribunal, une cour, un organisme ou une personne qui a compétence pour ordonner la production d'éléments de preuve.

(3) Par dérogation au paragraphe (2), une preuve d'une déclaration protégée est admissible pour:

a) déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès;

b) rendre une décision ou une ordonnance de placement à l'égard de l'accusé;

(c) finding whether the accused is a dangerous mentally disordered accused under section 672.65;

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) [a wrong decision on a question of law] the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

753. Where, on an application made under this Part following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor, it is established to the satisfaction of the court

the court may find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted.

755. (1) On the hearing of an application under this Part, the court shall hear the evidence of at least two psychiatrists and all other evidence that, in its opinion, is relevant, including the evidence of any psychologist or criminologist called as a witness by the prosecution or the offender.

756. (1) A court to which an application is made under this Part may, by order in writing,

(a) direct the offender in relation to whom the application is made to attend, at a place or before a person specified in the order and within a time specified therein, for observation, or

(b) remand the offender in such custody as the court directs, for a period not exceeding thirty days, for observation,

where in its opinion, supported by the evidence of, or where the prosecutor and the offender consent, supported by the report in writing of, at least one duly qual-

c) déterminer si l'accusé est un accusé dangereux atteint de troubles mentaux au sens de l'article 672.65;

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

b) peut rejeter l'appel:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii) [décision erronée sur une question de droit], l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

753. Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence, le tribunal, convaincu . . .

peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

755. (1) Lors de l'audition d'une demande en vertu de la présente partie, le tribunal entend la preuve d'au moins deux psychiatres et toute autre preuve qu'il considère pertinente y compris la preuve de tout psychologue ou criminologue appelé comme témoin par la poursuite ou par le délinquant.

756. (1) Le tribunal à qui une demande est faite en vertu de la présente partie peut, dans une ordonnance écrite:

a) soit ordonner au délinquant que vise la demande de se présenter pour observation devant la personne et aux lieu et date indiqués;

b) soit renvoyer le délinquant à la garde qu'il prescrit pour observation pour une période maximale de trente jours,

lorsque, suivant son opinion appuyée par le témoignage ou, lorsque le poursuivant et le délinquant y consentent, par le rapport écrit d'au moins un médecin dûment qua-

ified medical practitioner, there is reason to believe that evidence might be obtained as a result of the observation that would be relevant to the application.

759. (1) A person who is sentenced to detention in a penitentiary for an indeterminate period under this Part may appeal to the court of appeal against that sentence on any ground of law or fact or mixed law and fact.

(3) On an appeal against a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, the court of appeal may

(a) quash the sentence and impose any sentence that might have been imposed in respect of the offence for which the appellant was convicted, or order a new hearing; or

(b) dismiss the appeal.

(7) The provisions of Part XXI with respect to procedure on appeals apply, with such modifications as the circumstances require, to appeals under this section.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

IV. Analysis

A. Introduction

The appellant does not attack any particular section of the *Code*. He complains that his s. 7 *Charter* rights were infringed when he was not told that the examinations might be used for the purposes of dangerous offender proceedings and that his s. 10(b) rights were infringed when he was not offered the right to counsel once the focus of the examination had been expanded to include his future dangerousness. In view of my conclusion in this case, I find it necessary to discuss only the s. 7 issue.

lifié, il y a des motifs de croire qu'il serait possible d'obtenir par suite de cette observation, des preuves pouvant s'avérer utiles à l'examen d'une telle demande.

759. (1) Les personnes condamnées à la détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sous l'autorité de la présente partie peuvent interjeter appel d'une telle condamnation à la cour d'appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait.

(3) Sur un appel d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée, la cour d'appel peut:

a) casser cette sentence et imposer toute sentence qui aurait pu être imposée pour l'infraction dont l'appelant a été déclaré coupable, ou ordonner une nouvelle audition;

b) rejeter l'appel.

(7) Les dispositions de la partie XXI relatives à la procédure sur appel s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux appels prévus par le présent article.

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

g IV. Analyse

A. Introduction

L'appelant ne s'en prend à aucun article particulier du *Code*. Il se plaint de ce qu'on a porté atteinte à ses droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* en ne lui disant pas que les examens pourraient servir aux fins de procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux, et de ce qu'on a porté atteinte à ses droits garantis par l'al. 10(b) en ne l'informant pas de son droit à l'assistance d'un avocat, dès que la portée de l'examen eut été élargie de manière à comprendre la question de sa dangerosité future. Vu la conclusion que je tire en l'espèce, j'estime qu'il n'est nécessaire d'analyser que la question de l'art. 7.

In essence, the appellant's s. 7 argument is that the evidence obtained from the s. 537 observation should not have been used, at least not without an explicit warning, for the purposes of the dangerous offender proceedings. As will become apparent, I believe that the warning is irrelevant to the case at bar and the issue is the admissibility of the evidence obtained from the s. 537(1)(b) observation.

Section 755 (previously s. 690) relates to the admissibility of evidence at dangerous offender proceedings and provides, as set out above, that "the court shall hear the evidence of at least two psychiatrists and all other evidence that, in its opinion, is relevant . . .". In my opinion, while s. 755 was not directly challenged, we must ask whether it was, in this case, interpreted and applied in a way that offends s. 7 of the *Charter* (specifically, the s. 7 right to no self-incrimination).

Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038, stands for the proposition that this Court should not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed.

There are two competing possible interpretations of s. 755. The first is that the section renders evidence gathered during psychiatric observation ordered under s. 537(1)(b) admissible for the purposes of dangerous offender proceedings (hereinafter "broad interpretation"). The second is that the section renders evidence gathered during psychiatric observation ordered under s. 537(1)(b) inadmissible for the purposes of dangerous offender proceedings (hereinafter "narrow interpretation").

L'argument de l'appelant, fondé sur l'art. 7, veut essentiellement que les éléments de preuve obtenus grâce à l'observation ordonnée en vertu de l'art. 537 n'auraient pas dû être utilisés, du moins sans une mise en garde explicite, aux fins de procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux. Comme on s'en rendra compte, je crois que la mise en garde n'est pas pertinente en ce qui concerne la présente affaire et que la question en litige est celle de l'admissibilité des éléments de preuve obtenus au moyen de l'observation ordonnée en vertu de l'al. 537(1)(b).

L'article 755 (auparavant l'art. 690), reproduit ci-dessus, concerne l'admissibilité de la preuve dans des procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, et prévoit que «le tribunal entend la preuve d'au moins deux psychiatres et toute autre preuve qu'il considère pertinente . . .». À mon avis, bien que l'art. 755 n'ait pas été contesté directement, il faut se demander si, en l'espèce, il a été interprété et appliqué d'une manière contraire à l'art. 7 de la *Charte* (plus précisément au droit, garanti par l'art. 7, de ne pas s'incriminer).

Suivant l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, devant un texte législatif qui admet plusieurs interprétations, notre Cour ne devrait pas en retenir une qui rendrait ce texte incompatible avec la *Charte* et, partant, inopérant. Une loi attributive d'un pouvoir discrétionnaire imprécis doit donc être interprétée comme n'autorisant pas une atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

Il est possible de donner à l'art. 755 deux interprétations opposées. Selon la première (ci-après l'«interprétation large»), cet article rend admissible, aux fins de procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, la preuve recueillie au cours d'une observation psychiatrique ordonnée en vertu de l'al. 537(1)(b). Selon la deuxième (ci-après l'«interprétation stricte»), cet article rend inadmissible aux mêmes fins la preuve recueillie au cours d'une observation psychiatrique ordonnée en vertu de l'al. 537(1)(b).

If one of these interpretations would result in a *Charter* violation and the other would not, then, of course, the latter should be adopted. I therefore move now to the *Charter* analysis.

B. *Section 7 of the Charter*

(1) Life, liberty and security of the person

Section 7 of the *Charter* establishes that everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Imprisonment and the imminent threat of imprisonment are both clearly deprivations of liberty (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636). Therefore, an individual may be imprisoned or imminently threatened with imprisonment only in accordance with the principles of fundamental justice (unless the imprisonment or threat of imprisonment is justified under s. 1 of the *Charter*).

(2) Principles of fundamental justice

As I said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at pp. 512-13:

The term "principles of fundamental justice" is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right.

Sections 8 to 14 address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are therefore illustrative of the meaning, in criminal or penal law, of "principles of fundamental justice"; they represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law.

Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not

Si l'une de ces interprétations entraînait une violation de la *Charte* et l'autre pas, alors, il y aurait lieu évidemment de retenir la dernière. Je passe donc maintenant à l'analyse fondée sur la *Charte*.

B. *L'article 7 de la Charte*

(1) Vie, liberté et sécurité de la personne

Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il est clair que l'emprisonnement et la menace imminente d'emprisonnement portent tous les deux atteinte à la liberté (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636). Par conséquent, une personne ne peut être emprisonnée ou exposée à une menace imminente d'emprisonnement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (à moins que l'emprisonnement ou la menace d'emprisonnement ne soient justifiés au sens de l'article premier de la *Charte*).

(2) Principes de justice fondamentale

Comme je l'ai affirmé dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, aux pp. 512 et 513:

L'expression «principes de justice fondamentale» constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit.

Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit pénal ou criminel, de l'expression «principes de justice fondamentale»; ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non

only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.

seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

^a La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

There are two principles of fundamental justice involved in this analysis. The first is the principle against convicting a person who was insane at the time of the offence and against proceeding against an accused who, on account of insanity, is unfit to conduct her or his defence. The second is the principle against self-incrimination. In this case, the accused, in order to take advantage of the protection afforded by the first principle, was compelled to undergo a period of psychiatric observation. The results of this observation were then used to incriminate him at the dangerous offender proceedings.

^b La présente analyse porte sur deux principes de justice fondamentale. Le premier est le principe interdisant de reconnaître coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction et d'engager des procédures contre un accusé qui, pour cause d'aliénation mentale, est inapte à mener sa défense. Le second est le principe interdisant l'auto-incrimination. En l'espèce, l'accusé, afin de pouvoir bénéficier de la protection du premier principe, a dû se soumettre à une observation psychiatrique pendant un certain temps. Les résultats de cette observation ont ensuite servi à l'incriminer dans des procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux.

The status of the first principle as a principle of fundamental justice I take to be readily apparent. As I said in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 977, "it is a basic tenet of our legal system that a person who was insane at the time of the offence ought not to be convicted". It is also a basic tenet of our legal system that an individual who is mentally incapable of understanding the action being taken against him or her should not be required to stand trial.

^c Je considère qu'il est évident que le premier principe est un principe de justice fondamentale. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 977, «l'un des préceptes fondamentaux de notre système juridique [est] qu'une personne aliénée au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable». Un autre précepte fondamental de notre système juridique est que la personne qui est incapable mentalement de saisir la nature de l'action intentée contre elle ne devrait pas être tenue de subir un procès.

The status of the principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice may not be so readily apparent. Therefore, before proceeding with the application of these principles to the case at bar, I will first review the definition, rationale, and current status of the principle against self-incrimination (I will not review the history of this principle because that was thoroughly done by Wilson J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restriction of Access to Information Act)*, [1990] 1 S.C.R. 1163).

^d Il n'est peut-être pas aussi évident que le principe interdisant l'auto-incrimination constitue un principe de justice fondamentale. Donc, avant d'appliquer ces principes à la présente affaire, je vais commencer par examiner la définition, la raison d'être et le statut actuel du principe interdisant l'auto-incrimination (je m'abstiendrai de faire l'historique de ce principe puisque le juge Wilson l'a déjà fait de façon détaillée dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des services de renseignement, Loi sur l'accès à l'information)*, [1990] 1 R.C.S. 1163).

tive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425).

At the outset, however, I emphasize two points. ^a The first is that s. 7 is engaged in this case because of the serious limitation of liberty inherent in the dangerous offender legislation. What is at stake, from the point of view of the offender, is a sentence of indeterminate detention in a penitentiary. Whether one characterizes the dangerous offender proceedings as part of the sentencing process or a separate proceeding with new penal consequences, the liberty interest protected under s. 7 ^b is engaged in such proceedings. The question is what the principles of fundamental justice require in this context, not whether they are implicated. ^c

Secondly, the question here is not whether any of the specifically enumerated protections in the *Charter* which derive from the broader principle against self-incrimination are limited by the use of the evidence in cases like the present one. Rather, the question is whether the use of the evidence, in these circumstances, is contrary to the principles of fundamental justice. ^d

(i) *Definition*

The principle against self-incrimination, in its broadest form, can be expressed in the following manner:

... the individual is sovereign and ... proper rules of battle between government and individual require that the individual ... not be conscripted by his opponent to defeat himself. ... ^e

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, at p. 318.) ^f

Or, put another way, *nemo tenetur seipsum accusare* and *nemo tenetur seipsum prodere* and *nemo tenetur armare adversarum contra se* — no one shall be required to accuse or betray or arm his enemy against himself. ^g

enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425).

Deux points sont toutefois à souligner au départ. En premier lieu, l'art. 7 s'applique en l'espèce en raison de la restriction importante de la liberté qu'entraîne nécessairement la législation relative aux délinquants dangereux. L'enjeu, du point de vue du délinquant, est une peine de détention de durée indéterminée dans un pénitencier. Qu'elles soient considérées comme faisant partie du processus de détermination de la peine ou comme des procédures distinctes comportant de nouvelles conséquences pénales, les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux sont de celles où s'applique le droit à la liberté garanti par l'art. 7. La question est de savoir ce qu'exigent les principes de justice fondamentale dans ce contexte, et non pas s'ils s'appliquent. ^d

En deuxième lieu, la question en l'espèce n'est pas de savoir si l'une ou l'autre des garanties expressément mentionnées dans la *Charte*, qui découlent du principe général interdisant l'auto-incrimination, se trouve limitée par l'utilisation de la preuve dans des cas comme celui qui nous occupe. Il faut plutôt se demander si, dans ces circonstances, l'utilisation de la preuve contrevient aux principes de justice fondamentale.

(i) *Définition*

Sous sa forme la plus générale, le principe interdisant l'auto-incrimination peut s'énoncer ainsi:

[TRADUCTION] ... l'individu est souverain et [...] selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci [...] ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite ... ^e

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, à la p. 318.) ^f

En d'autres termes, *nemo tenetur seipsum accusare* et *nemo tenetur seipsum prodere* et *nemo tenetur armare adversarum contra se* — aucune personne n'est tenue de s'accuser ou de se trahir elle-même ni d'armer son ennemi contre elle.

Any state action that coerces an individual to furnish evidence against him- or herself in a proceeding in which the individual and the state are adversaries violates the principle against self-incrimination. Coercion, it should be noted, means the denial of free and informed consent.

As noted by David Paciocco in *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 539, "[t]here is a great deal of confusion over the terminology relating to problems of self-incrimination. One therefore bears a heavy responsibility to be as precise as possible in defining what one means . . .". Similarly, as noted by Alan Mewett in "Law Enforcement and the Conflict of Values" (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179, at p. 186, "[p]erhaps no phrase is bandied about with more imprecision and with more unawareness of its legal and social significance than the privilege against self-incrimination . . .".

It should therefore be made clear here that I distinguish between the principle against self-incrimination and the privilege against self-incrimination. The principle is as defined above. The privilege is the narrow traditional common law rule relating only to testimonial evidence at trial. Much of the confusion around such issues as silence, non-compellability and self-incrimination has, I believe, arisen as a result of the failure to distinguish between these two levels of protection against self-incrimination. The principle is a general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived (for example, rules about non-compellability of the accused and admissibility of confessions). The privilege is merely one rule that has been derived from the principle. When the protection against self-incrimination is limited to the privilege against self-incrimination, then the underlying rationale for the various common law rules protecting against self-incrimination is lost and principled decisions about particular cases as they arise become impossible. It is therefore important to bear in mind throughout this judgment that it is the principle against self-incrimination

Toute action de l'État qui contraint une personne à produire une preuve contre elle-même dans des procédures l'opposant à l'État viole le principe interdisant l'auto-incrimination. La contrainte, devrait-on le souligner, signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé.

Comme le fait remarquer David Paciocco dans *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 539, [TRADUCTION] «[u]ne grande confusion règne au sujet de la terminologie relative aux problèmes d'auto-incrimination. On a donc la lourde responsabilité de définir avec la plus grande précision possible ce qu'on veut dire . . .». De même, comme le souligne Alan Mewett dans «Law Enforcement and the Conflict of Values» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179, à la p. 186, [TRADUCTION] «[a]ucune expression n'est peut-être employée de façon plus imprécise et avec une plus grande ignorance de sa signification juridique et sociale que le privilège de ne pas s'incriminer . . .».

Il convient donc de préciser ici que je fais une distinction entre le principe interdisant l'auto-incrimination et le privilège de ne pas s'incriminer. Le principe est tel que défini plus haut. Quant au privilège, il correspond à la règle stricte et traditionnelle de common law qui ne concerne que la preuve testimoniale au procès. La confusion qui règne au sujet de questions comme le silence, la non-contrainnabilité et l'auto-incrimination découle en grande partie, je crois, de l'omission de distinguer ces deux niveaux de protection contre l'auto-incrimination. Le principe est un principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières (par exemple, des règles concernant la non-contrainnabilité de l'accusé et l'admissibilité des confessions). Le privilège n'est qu'une des règles tirées du principe. Lorsqu'on limite la protection contre l'auto-incrimination au privilège de ne pas s'incriminer, la raison d'être des diverses règles de common law qui protègent contre l'auto-incrimination disparaît et il devient impossible de rendre, dans chaque cas qui se présente, une décision fondée sur des principes. D'où l'importance de se rappeler tout au long des présents motifs que c'est le principe inter-

tion and not the privilege for which I am claiming status as a principle of fundamental justice.

In this context, the word “incriminate” need not be equated with “tending to prove guilt of a criminal offence”. The history of the various aspects of the principle against self-incrimination shows that the word “incriminate” was not thus limited in this context. It extended, for example, to evidence having the tendency to expose the individual to a penalty or a forfeiture: see R. Cross and C. Tapper, *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 418 *et seq.* Particularly relevant to this case is Wigmore’s assertion that the principle operates in a proceeding to increase a sentence after conviction: see *Wigmore on Evidence, supra*, § 2257(d), at p. 342. Even if the dangerous offender proceeding is characterized as an aspect of sentencing, the operation of the principles against self-incrimination is by no means excluded.

(ii) *Rationale*

The modern-day rationale for the principle against self-incrimination is found in the two fundamental purposes for the principle that have been recognized by this Court: (1) protection against unreliable confessions; and (2) protection against the abuse of power by the state. Wilson J., dissenting, elaborated on the latter purpose in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 480:

Having reviewed the historical origins of the rights against compellability and self-incrimination and the policy justifications advanced in favour of their retention in more modern times, I conclude that their preservation is prompted by a concern that the privacy and personal autonomy and dignity of the individual be respected by the state. The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth. Were it otherwise, our justice system would

disant l’auto-incrimination et non pas le privège que je demande de considérer comme principe de justice fondamentale.

Dans ce contexte, le mot «incriminer» n’est pas nécessairement synonyme de «tendant à prouver la culpabilité relativement à une infraction criminelle». Il se dégage de l’historique des différents aspects du principe interdisant l’auto-incrimination que le terme «incriminer» ne connaissait aucune restriction de ce genre dans ce contexte. Il englobait, par exemple, la preuve tendant à exposer l’individu à une peine ou à une confiscation: voir R. Cross et C. Tapper, *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), aux pp. 418 et suiv. Est particulièrement pertinente en l’espèce l’assertion de Wigmore selon laquelle le principe s’applique dans des procédures visant à faire augmenter la peine infligée à la suite d’une déclaration de culpabilité: voir *Wigmore on Evidence, op. cit.*, § 2257d), à la p. 342. Même si les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux sont considérées comme un aspect de la détermination de la peine, l’application des principes interdisant l’auto-incrimination n’est pas pour autant exclue.

(ii) *Raison d’être*

La raison d’être contemporaine du principe interdisant l’auto-incrimination se dégage des deux objets fondamentaux du principe qu’a reconnus notre Cour, à savoir: (1) la protection contre les confessions indignes de foi, et (2) la protection contre les abus de pouvoir de l’État. Le juge Wilson, dissidente, a expliqué ce dernier objet dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 480:

Mon étude des origines historiques du droit de ne pas être contraint de témoigner et du droit à la protection contre l’auto-incrimination ainsi que mon examen des raisons de principe avancées pour justifier leur maintien à l’époque moderne m’amènent à conclure que leur préservation tient au souci de veiller à ce que l’État respecte la vie privée, l’autonomie personnelle et la dignité de ses citoyens. L’État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche. S’il en

be on a slippery slope towards the creation of a police state.

Concern about the abuse of state power is at the heart of the principle against self-incrimination.

(iii) *Current status*

This Court has recognized implicitly that the principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice. I draw the implication from the many rules, rights and privileges that can be traced to the principle against self-incrimination as well as from the ss. 7, 10(b), 11(c), 13 and 24(2) *Charter* jurisprudence.

As Michael Hor noted in "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, at p. 35:

Conceptually, it would seem that if there is any single organizing principle in the criminal process, it is the right of the accused to resist any effort to force him to assist in his own prosecution. It provides substance to the common law ideal of a fair trial through an adversarial or accusatorial process. The parties to a criminal prosecution are seen as competitors and the trial the competition. The prosecution is to use its own resources to gather and marshal the evidence without the unwilling assistance of the accused, and the accused is left to defend himself if the prosecution succeeds in making out a case against him. It is thought to be behind key principles of criminal justice like the voluntariness rule for confessions, the discretion to exclude improperly obtained evidence and the presumption of innocence.

Consider the following rules, rights, and privileges that can be traced to the principle against self-incrimination as well as the following ss. 7, 10(b), 11(c), 13 and 24(2) *Charter* jurisprudence.

était autrement, notre système de justice se trouverait à glisser inévitablement vers la création d'un régime policier.

C'est la préoccupation relative à l'abus de pouvoir de l'État qui est au cœur du principe interdisant l'auto-incrimination.

(iii) *La situation actuelle*

Notre Cour a reconnu implicitement que le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe de justice fondamentale. C'est ce que je retire de la multitude de règles, de droits et de privilèges qui peuvent être considérés comme émanant du principe interdisant l'auto-incrimination, ainsi que de la jurisprudence portant sur l'art. 7, les al. 10(b) et 11(c), l'art. 13 et le par. 24(2) de la *Charte*.

Comme le souligne Michael Hor, dans «The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, à la p. 35:

[TRADUCTION] Sur le plan conceptuel, il semblerait que, s'il existe dans le processus pénal un principe directeur quelconque, c'est celui du droit de l'accusé de résister à toute tentative de le contraindre à prêter son concours aux poursuites intentées contre lui. Ce droit concrétise l'idéal de common law d'un procès équitable assuré par un processus contradictoire ou accusatoire. Les parties à des poursuites criminelles sont considérées comme des concurrents et le procès comme un concours. La poursuite doit se servir de ses propres ressources pour recueillir les éléments de preuve sans que l'accusé ne soit contraint de l'aider contre son gré, et il ne reste plus à l'accusé qu'à se défendre si la poursuite réussit à monter une preuve contre lui. C'est ce même droit, estime-t-on, qui sous-tend certains principes clés de justice criminelle, comme la règle du caractère volontaire en matière de confessions, le pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve irrégulièrement obtenus et la présomption d'innocence.

Examinons les règles, les droits et les privilèges suivants qui peuvent être considérés comme émanant du principe interdisant l'auto-incrimination, ainsi que la jurisprudence suivante portant sur l'art. 7, les al. 10(b) et 11(c), l'art. 13 et le par. 24(2) de la *Charte*.

(a) The confessions rule

According to the confessions rule, a confession which the authorities improperly obtain from a detained person is inadmissible in evidence. The history and content of this rule were thoroughly canvassed in the reasons of McLachlin J. in *R. v. Hebert*, *supra*, at pp. 165-73, and need not be reviewed here. Suffice it to repeat McLachlin J.'s conclusion from p. 173 that:

... one of the themes running through the jurisprudence on confessions is the idea that a person in the power of the state's criminal process has the right to freely choose whether or not to make a statement to the police. This idea is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process. This theme has not always been ascendant. Yet, its importance cannot be denied. It persists, both in Canadian jurisprudence and in the rules governing the rights of suspects in other countries.

The confessions rule was (and remains) clearly grounded in the principle against self-incrimination.

(b) The privilege against self-incrimination

The privilege against self-incrimination protected any witness from being compelled to testify against him- or herself at trial. Again, the history and content of this privilege were thoroughly canvassed in the reasons of McLachlin J. in *Hebert*, at pp. 173-75, and need not be reviewed here. Suffice it to note that the privilege was (and remains) clearly grounded in the principle against self-incrimination.

(c) The right to silence

Traditionally, the privilege against self-incrimination was limited to testimonial compulsion and the trial context (*Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763). However, in *Hebert*, McLachlin J. noted, at p. 174, that some of the rules, rights and privileges derived from the principle should not be limited to the trial context: "[t]he protection con-

a) La règle des confessions

Selon la règle des confessions, la confession que les autorités obtiennent d'une manière irrégulière d'un détenu est inadmissible en preuve. Il s'agit d'une règle dont l'évolution et le contenu ont été minutieusement examinés dans les motifs que le juge McLachlin a rédigés dans l'affaire *R. c. Hebert*, précitée, aux pp. 165 à 173, et il n'est pas nécessaire de refaire cet examen ici. Qu'il suffise donc de reprendre la conclusion que le juge McLachlin tire à la p. 173, selon laquelle:

... l'un des thèmes dominants dans la jurisprudence sur les confessions est l'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers. Cette idée s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Ce thème n'a pas toujours été dominant. On ne peut cependant en nier l'importance. Il existe toujours, tant dans la jurisprudence canadienne que dans les règles régissant les droits des suspects dans les autres pays.

De toute évidence, la règle des confessions reposait (et repose encore) sur le principe interdisant l'auto-incrimination.

b) Le privilège de ne pas s'incriminer

Le privilège de ne pas s'incriminer empêchait de contraindre un témoin à déposer contre lui-même au procès. L'évolution et le contenu de ce privilège ont également fait l'objet d'un examen minutieux de la part du juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*, aux pp. 173 à 175, si bien que nous n'avons pas à les réexaminer en l'espèce. Qu'il suffise de souligner qu'il s'agit d'un privilège qui reposait manifestement (et qui repose encore) sur le principe interdisant l'auto-incrimination.

c) Le droit de garder le silence

Traditionnellement, le privilège de ne pas s'incriminer ne jouait qu'à l'égard de la contrainte à témoigner et dans le contexte du procès (*Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763). Toutefois, dans l'arrêt *Hebert*, le juge McLachlin fait remarquer, à la p. 174, que certaines règles et certains droits et privilèges dérivés du principe ne devraient pas être

ferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory”.

In *Hebert*, this Court expanded the rules, rights and privileges derived from the principle against self-incrimination by finding the right to silence within s. 7 of the *Charter*. The connection of the right to silence to the principle against self-incrimination is clear in McLachlin J.’s reasons at p. 175: “the measure of the right to silence may be postulated to reside in the notion that a person whose liberty is placed in jeopardy by the criminal process cannot be required to give evidence against himself or herself [i.e., the principle against self-incrimination], but rather has the right to choose whether to speak or to remain silent”.

Two examples of the right to silence should illustrate its content. First, this Court has held that it is a violation of the right to silence to solicit admissions by placing an undercover police officer in the cell with a suspect who has expressly stated that he does not wish to speak to the police (*Hebert*). Second, this Court has also held that it is a violation of the right to silence to solicit admissions by placing in the accused’s cell a friend of the accused who was asked by the police to visit the accused and whose visit was facilitated by them (*R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595).

A general rule can be seen in the approach this Court has taken to the right to silence: if the state interferes with either element of free and informed consent, then the individual’s right to silence is limited. This is a rule that is clearly grounded in the principle against self-incrimination.

(d) Sections 10(b), 11(c) and 13 of the *Charter* jurisprudence

Sections 11(c) and 13 of the *Charter* explicitly provide protection against self-incrimination:

limités au contexte du procès: «[l]a protection accordée par un système juridique qui confère à l’accusé le droit de ne pas s’incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l’égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire».

Dans l’arrêt *Hebert*, notre Cour a élargi la portée des règles, droits et privilèges dérivés du principe interdisant l’auto-incrimination, en concluant que l’art. 7 de la *Charte* confère le droit de garder le silence. Le lien entre le droit de garder le silence et le principe interdisant l’auto-incrimination se dégage nettement des motifs du juge McLachlin, à la p. 175: «on peut [. . .] présumer que la portée du droit de garder le silence réside dans l’idée qu’une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue de témoigner contre elle-même [c.-à-d., le principe interdisant l’auto-incrimination] mais qu’elle a plutôt le droit de choisir de s’exprimer ou de garder le silence».

Deux exemples devraient suffire à illustrer le contenu du droit de garder le silence. Premièrement, notre Cour a statué qu’il y a atteinte à ce droit si on place dans la cellule d’un suspect qui a refusé expressément de parler à la police un agent de police banalisé chargé de lui extorquer des aveux (*Hebert*). Deuxièmement, notre Cour a aussi décidé qu’il y a atteinte à ce droit si on place dans la cellule de l’accusé, pour lui arracher des aveux, un ami de ce dernier à qui la police a demandé de visiter l’accusé et à qui elle a facilité cette visite (*R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595).

Une règle générale se dégage de la façon dont notre Cour a abordé le droit de garder le silence: si l’État agit de manière à ce que le consentement ne soit pas volontaire ou éclairé, alors il y a restriction du droit du particulier de garder le silence. C’est là une règle qui repose manifestement sur le principe interdisant l’auto-incrimination.

d) La jurisprudence relative aux al. 10b) et 11c) et à l’art. 13 de la *Charte*

L’alinéa 11c) et l’art. 13 de la *Charte* accordent expressément une protection contre l’auto-incrimination:

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Section 10(b) implicitly provides protection against self-incrimination:

10. Everyone has the right on arrest or detention

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

This Court's purposive analysis of these sections reveals yet again the implicit recognition of the principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice.

In *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 40, Sopinka J. wrote that the purpose of s. 11(c) is "to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth". In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 358, I wrote that:

Section 13, like s. 11(c), is a recognition of the principle that,

... the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), para. 2251, at p. 318.)

Wilson J. wrote in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, that the "right [to counsel], as entrenched in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is clearly aimed

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Quant à l'al. 10b), il le fait implicitement:

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

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

L'analyse fondée sur l'objet que notre Cour a faite de ces dispositions traduit encore une fois la reconnaissance implicite que le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, à la p. 40, le juge Sopinka écrit que l'al. 11c) vise «à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même». Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 358, j'ai écrit ce qui suit:

L'article 13, tout comme l'al. 11c), constitue la reconnaissance du principe selon lequel

[TRADUCTION] ... l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un individu, celui-ci ne doit être inquiété que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), par. 2251, à la p. 318.)

Le juge Wilson écrit, dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, que le «droit [à l'assistance d'un avocat] enchâssé à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

at fostering the principles of adjudicative fairness". I then wrote in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284, that "one of the fundamental tenets of a fair trial [is] the right against self-incrimination". The purpose of s. 10(b), it can be concluded, is the fostering of the right against self-incrimination. Or, as L'Heureux-Dubé J. said more directly in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 539:

The right to counsel is primarily aimed at preventing the accused or detained person from incriminating herself. Thus the main concern would be with coerced or uninformed confessions. In such circumstances, the accused would be manufacturing the evidence against herself. This is something which, in the interests of fairness, the right to counsel would seek to protect.

The underlying purpose for ss. 10(b), 11(c) and 13, set out by this Court, is protection against self-incrimination.

(e) Section 24(2) of the *Charter* jurisprudence

This Court has developed a method of determining whether evidence illegally obtained following a *Charter* violation may be admitted under s. 24(2) of the *Charter* (*Collins*, *supra*; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138). Evidence is generally inadmissible under s. 24(2) if it would bring the administration of justice into disrepute. Evidence will tend to bring the administration of justice into disrepute if it renders the trial process unfair. Evidence renders the trial process unfair if it is obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself (that is, by using evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence); "[t]he use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair

visé manifestement à promouvoir le principe de l'équité dans le processus décisionnel». J'ai ensuite écrit, dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284, que «l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable [est] le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même». On peut conclure que l'al. 10b) a pour objet de favoriser l'exercice du droit de ne pas s'incriminer. Ou encore, comme le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) l'a dit plus directement dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 539:

Le droit à l'assistance d'un avocat vise principalement à empêcher un accusé ou une personne détenue de s'incriminer. Ce droit vise donc surtout à prévenir les aveux faits par ignorance ou obtenus par contrainte. Dans de telles circonstances, la personne accusée fabriquerait des éléments de preuve contre elle-même. C'est là un résultat que, par souci d'équité, le droit à l'assistance d'un avocat cherche à éviter.

D'après notre Cour, l'objet fondamental des al. 10b) et 11c) et de l'art. 13 est donc la protection contre l'auto-incrimination.

e) La jurisprudence relative au par. 24(2) de la *Charte*

Notre Cour a mis au point une méthode pour déterminer si les éléments de preuve obtenus illégalement à la suite d'une violation de la *Charte* peuvent être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte* (*Collins*, précité, *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138). Les éléments de preuve susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice sont généralement inadmissibles en vertu du par. 24(2). Les éléments de preuve qui tendent à déconsidérer l'administration de la justice sont ceux qui rendent le procès inéquitable. Des éléments de preuve rendent le procès inéquitable s'ils sont obtenus à la suite d'une violation de la *Charte*, en mobilisant l'accusé contre lui-même (c'est-à-dire en utilisant des éléments de preuve qui n'auraient pu être obtenus sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve); «[p]uisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux

trial, the right against self-incrimination" (*Collins*, at p. 284).

This Court has excluded evidence of line-up identification (*Ross*) and inculpatory statements (for example, *Black*, *supra*, *Broyles*, *supra*, and *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190) on self-incrimination grounds under s. 24(2).

The s. 24(2) method appears to be driven, at least in part, by the principle against self-incrimination. Given that a fair trial is a principle of fundamental justice and the right against self-incrimination is a fundamental tenet of a fair trial, it can be concluded that this Court has recognized (at least implicitly) that the right against self-incrimination is a principle of fundamental justice.

(f) Section 7 of the *Charter* jurisprudence

Before *Thomson Newspapers*, it was widely thought that ss. 11(c) and 13 of the *Charter* were exhaustive of the protections against self-incrimination. However, in *Thomson Newspapers*, I noted, at p. 442, that "I... agree with all of my colleagues that the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7". This Court, however, did not reach agreement about the nature and scope of the residual content for s. 7 nor about the means appropriate for determining the nature and scope of the residual content.

Nevertheless, some guidance can be found in *Hebert*. In *Hebert*, McLachlin J. noted at p. 174 that "[t]he protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory". It seems reasonable to conclude that this extension

d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même» (*Collins*, à la p. 284).

^a Notre Cour a déjà invoqué des motifs d'auto-incrimination pour écarter en vertu du par. 24(2) une preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification (*Ross*) ainsi que des déclarations inculpatrices (par exemple, dans les arrêts *Black* et *Broyles*, précités, et dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190).

^b Or, la méthode employée aux fins du par. 24(2) semble procéder, du moins en partie, du principe interdisant l'auto-incrimination. Étant donné que le procès équitable constitue un principe de justice fondamentale et que le droit de ne pas s'incriminer représente un précepte fondamental d'un procès équitable, on peut conclure que notre Cour a reconnu (implicitement à tout le moins) que le droit de ne pas s'incriminer est un principe de justice fondamentale.

^c f) La jurisprudence relative à l'art. 7 de la *Charte*

^d Avant l'arrêt *Thomson Newspapers*, on croyait généralement que l'al. 11c) et l'art. 13 de la *Charte* énonçaient exhaustivement les protections contre l'auto-incrimination. J'ai toutefois souligné, à la p. 442 de l'arrêt *Thomson Newspapers*, que «[j]e partage [...] l'avis de tous mes collègues que les énumérations précisées à l'al. 11c) et à l'art. 13 de la *Charte* ne couvrent pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l'art. 7 et n'empêchent pas de conférer une teneur résiduelle à l'art. 7». Nous n'avons cependant pu tomber d'accord ni sur la nature et la portée de la teneur résiduelle de l'art. 7, ni sur les moyens à prendre pour déterminer cette nature et cette portée.

^e L'arrêt *Hebert* peut néanmoins être d'un certain secours. Le juge McLachlin y fait remarquer, à la p. 174, que «[l]a protection accordée par un système juridique qui confère à l'accusé le droit de ne pas s'incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l'égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire». Il

of protection is grounded in the principle against self-incrimination.

Thus, while this Court did not specify the residual self-incrimination content for s. 7, it seems reasonable to conclude that the Court intended that it should be determined on a case-by-case basis with reference to the principle against self-incrimination.

In the end, therefore, I conclude that the principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice and this Court has, at least implicitly, recognized its status as such.

Before moving on to the application of this *Charter* analysis to the case at bar, I must address the issue of limits on the principle against self-incrimination. Considerable confusion and disagreement surrounds this issue (see, for example, the conflict within *Thomson Newspapers*). Important questions abound. Does the principle protect against self-incriminatory evidence that is given voluntarily? Does it protect against self-incriminatory evidence given by an individual who is not under detention by the state? Does it protect against self-incriminatory derivative evidence? Does it cover evidence being used to prove a prior inconsistent statement?

I believe that these questions should be answered by reference to the underlying rationale for the principle and should be answered within the s. 7 analysis. However, these questions need not be answered here because the case at bar involves testimonial evidence gathered under compulsion from an individual under detention by the state for the purposes of self-incrimination (and these characteristics place it squarely within the rationale and hence the principle).

(3) Application to the case at bar

(i) *Life, liberty and security of the person*

On both the broad and narrow interpretations, s. 755 of the *Criminal Code* limits the accused's s. 7

semble raisonnable de conclure que cet élargissement de la protection repose sur le principe interdisant l'auto-incrimination.

Ainsi, bien qu'elle n'ait pas précisé la teneur résiduelle en matière d'auto-incrimination de l'art. 7, il semble raisonnable de conclure que notre Cour a voulu qu'elle soit déterminée cas par cas, en fonction du principe interdisant l'auto-incrimination.

En définitive, je conclus donc que le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe de justice fondamentale et que notre Cour l'a, implicitement du moins, reconnu comme tel.

Avant de passer à l'application à la présente affaire de cette analyse fondée sur la *Charte*, je dois aborder la question des restrictions apportées au principe interdisant l'auto-incrimination. Une grande confusion et un grand désaccord règnent au sujet de cette question (voir, par exemple, le conflit dans l'arrêt *Thomson Newspapers*). Une multitude de points importants est soulevée. Le principe joue-t-il dans le cas d'une preuve auto-incriminante fournie volontairement? S'applique-t-il à la preuve auto-incriminante donnée par une personne qui n'est pas détenue par l'État? Sa protection s'étend-elle à la preuve auto-incriminante dérivée? Vise-t-il la preuve utilisée pour établir l'existence d'une déclaration antérieure incompatible?

Je crois qu'il convient de répondre à ces questions en fonction de la raison d'être fondamentale du principe et dans le contexte de l'analyse fondée sur l'art. 7. Cependant, il n'est pas nécessaire d'y répondre en l'espèce puisqu'il est question ici d'une preuve testimoniale obtenue de force d'une personne détenue par l'État, à des fins d'auto-incrimination (caractéristiques qui font que cette preuve relève directement de la raison d'être et, partant, du principe).

(3) Application à la présente affaire

(i) *Vie, liberté et sécurité de la personne*

Tant selon l'interprétation large que selon l'interprétation stricte, l'art. 755 du *Code criminel*

right to liberty. If the accused is found to be a dangerous offender, on the basis of evidence introduced through s. 755, he or she may be given a sentence of detention in a penitentiary for an indefinite period. The question remains, however, whether these limits on the right to liberty are in accordance with the principles of fundamental justice.

(ii) *Principles of fundamental justice*

The limits on the right to liberty on the broad interpretation of s. 755 of the *Criminal Code* are not in accordance with the principles of fundamental justice. The broad interpretation of s. 755 allows evidence gathered from the accused during psychiatric observation compelled for the purposes of preventing the conviction or unfair trial of a mentally insane or unfit accused to be used against him or her for the purposes of sentencing the accused as a dangerous offender. This allows for self-incrimination.

(iii) *Conclusion*

If the state compels an accused to submit to psychiatric observation for the purpose of determining whether he or she was insane at the time of the offence or is, on account of insanity, unfit to conduct his defence, and then uses those observations for the purposes of dangerous offender proceedings, then it requires a person in detention to give evidence against him- or herself. There is, thus, a limitation on s. 7, which, unless justified under s. 1, would result in the broad interpretation of s. 755 violating the *Charter*. I turn then to examine whether the limitation arising on this interpretation is justified under s. 1.

It is irrelevant for this exercise of statutory interpretation that the accused in this case requested the order be made to remand him into custody for observation. The accused requested the order for purposes other than a dangerous offender proceeding. Furthermore, the section does not require the

limite le droit à la liberté que l'art. 7 garantit à l'accusé. Si on conclut, sur la foi d'éléments de preuve produits en vertu de l'art. 755, que l'accusé est un délinquant dangereux, celui-ci peut se voir infliger une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Il faut quand même se demander si ces restrictions apportées au droit à la liberté sont conformes aux principes de justice fondamentale.

(ii) *Principes de justice fondamentale*

Les restrictions apportées au droit à la liberté suivant l'interprétation large de l'art. 755 du *Code criminel* ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. L'interprétation large de cet article permet d'utiliser contre l'accusé, aux fins de le condamner comme délinquant dangereux, la preuve obtenue de lui au cours d'une observation psychiatrique ordonnée afin d'empêcher qu'une personne qui est aliénée ou inapte à subir son procès ne soit déclarée coupable ou subisse un procès inéquitable. Cela permet donc l'auto-incrimination.

(iii) *Conclusion*

Lorsque l'État oblige un accusé à se soumettre à une observation psychiatrique afin de déterminer s'il était aliéné au moment de l'infraction ou s'il est, pour cause d'aliénation mentale, inapte à mener sa défense, et qu'il se sert ensuite des résultats de cette observation dans des procédures visant à déterminer si l'accusé est un délinquant dangereux, cela revient à exiger d'un détenu qu'il témoigne contre lui-même. Il y a donc restriction au droit à la liberté garanti par l'art. 7, qui, à moins d'être justifiée au sens de l'article premier, ferait en sorte que l'interprétation large de l'art. 755 violerait la *Charte*. Voilà qui m'amène à la question de savoir si la restriction que soulève cette interprétation est justifiée au sens de l'article premier.

Il est sans importance, aux fins de cet exercice d'interprétation législative, que ce soit l'accusé qui, en l'espèce, a demandé l'ordonnance de renvoi sous garde pour observation. L'accusé a sollicité cette ordonnance à d'autres fins que la tenue de procédures visant à déterminer s'il était un

consent of the accused and therefore an order can be made under this section for observation against the wishes of the accused. This is sufficient to constitute a limit on the s. 7 right to liberty.

I reject the proposition that the pre-*Charter* decision of this Court in *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, compels the conclusion that the principle against self-incrimination can have no operation in the context of dangerous offender proceedings. *Wilband* stands for the propositions that the confession rule does not apply to dangerous offender proceedings and that, in any event, psychiatrists examining the offender are not persons in authority. The reason given by the Court for the former holding is that "[t]he confession rule . . . is a rule which has been designed for proceedings where, broadly speaking, the guilt or innocence of a person charged with an offence is the matter in issue. The rule has not been established for proceedings related to the determination of a sentence" (*per* Fauteux J., at p. 20). In making this distinction between determination of guilt and imposition of a sentence, the Court relied, among other authorities, on its earlier decision in *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373.

Wilband considered examinations by psychiatrists for the purpose of the dangerous offender proceedings, a fact which is more clearly apparent in the reasons of the Court of Appeal than it is in the brief decision of this Court: see (1965), 51 W.W.R. 251 (B.C.C.A.). It was, therefore, a different situation than the one now before us in which evidence obtained from the accused before trial and for a different purpose was then turned against him at the dangerous offender proceeding. *Wilband* is, therefore, readily distinguishable from the present case.

To the extent that *Wilband* is urged in support of a broader proposition that, upon conviction, procedural and evidentiary protections vanish for the purposes of sentencing proceedings, such broader

délinquant dangereux. De plus, l'article n'exige pas le consentement de l'accusé, de sorte qu'une ordonnance de renvoi pour observation peut être rendue en vertu de cet article contre le gré de l'accusé. Cela suffit pour constituer une restriction au droit à la liberté garanti par l'art. 7.

Je rejette la proposition selon laquelle l'arrêt *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, qu'a rendu notre Cour avant l'entrée en vigueur de la Charte, nous contraint à conclure que le principe interdisant l'auto-incrimination ne saurait s'appliquer dans des procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. L'arrêt *Wilband* établit que la règle relative aux confessions ne s'applique pas à de telles procédures et que, de toute façon, les psychiatres qui examinent le délinquant ne sont pas des personnes en autorité. La première de ces conclusions a été ainsi motivée par la Cour: [TRADUCTION] «La règle relative aux confessions [. . .] a été conçue en vue de s'appliquer aux procédures qui, d'une manière générale, mettent en cause la culpabilité ou l'innocence d'une personne accusée d'une infraction. Elle n'a pas été établie pour s'appliquer à des procédures liées à la détermination d'une peine» (le juge Fauteux, à la p. 20). En faisant cette distinction entre la détermination de la culpabilité et l'imposition d'une peine, la Cour s'est fondée notamment sur son arrêt antérieur *Brusch c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373.

Dans l'affaire *Wilband*, il était question d'exams psychiatriques effectués aux fins des procédures visant à déterminer si le délinquant était dangereux, ce qui ressort plus clairement des motifs de la Cour d'appel que du bref arrêt de notre Cour: voir (1965), 51 W.W.R. 251 (C.A.C.-B.). La situation était donc différente des présentes circonstances où des éléments de preuve obtenus de l'accusé avant le procès et pour une autre fin ont par la suite été utilisés contre lui lors des procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux. Il s'ensuit donc que l'arrêt *Wilband* peut se distinguer aisément de la présente affaire.

Dans la mesure où l'arrêt *Wilband* est invoqué à l'appui de la proposition plus large voulant qu'à la suite d'une déclaration de culpabilité les garanties en matière de procédure et de preuve ne s'appli-

implications must be rejected by virtue of this Court's decision in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368. *Gardiner* held that disputed facts relied on by the Crown with respect to the penalty must be established according to the normal criminal standard of beyond a reasonable doubt. As Dickson J. (as he then was), said at pp. 413-15:

Sentencing is part of a fact finding, decision-making process of the criminal law. Sir James Fitzjames Stephen, writing in 1863 said that "the sentence is the gist of the proceeding. It is to the trial what the bullet is to the powder" (quoted in Olah, "Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law" (1980), 16 C.R. (3d) 97, at p. 98). The statement is equally true today.

It should also be recalled that a plea of guilty, in itself, carries with it an admission of the essential legal ingredients of the offence admitted by the plea, and no more. Beyond that any facts relied upon by the Crown in aggravation must be established by the Crown. If undisputed, the procedure can be very informal. If the facts are contested the issue should be resolved by ordinary legal principles governing criminal proceedings including resolving relevant doubt in favour of the offender.

To my mind, the facts which justify the sanction are no less important than the facts which justify the conviction; both should be subject to the same burden of proof. Crime and punishment are inextricably linked. "It would appear well established that the sentencing process is merely a phase of the trial process" (Olah, *supra*, at p. 107). Upon conviction the accused is not abruptly deprived of all procedural rights existing at trial: he has a right to counsel, a right to call evidence and cross-examine prosecution witnesses, a right to give evidence himself and to address the court.

Quite apart from any re-evaluation of *Wilband* that may be required by the *Charter*, it is readily distinguishable from this case and its broader implications have been circumscribed by *Gardiner*.

quent pas dans le cadre des procédures de détermination de la peine, l'arrêt de notre Cour *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, commande le rejet d'un tel élargissement. Il y a été statué en effet que les faits contestés sur lesquels le ministère public s'appuie relativement à la peine à infliger doivent être établis selon la norme habituellement applicable en matière criminelle, celle de la preuve hors de tout doute raisonnable. Comme l'affirme le juge Dickson (plus tard Juge en chef), aux pp. 413 à 415:

La détermination de la sentence fait partie d'un processus décisionnel du droit criminel. Sir James Fitzjames Stephen a écrit en 1863 que [TRADUCTION] «la sentence constitue l'essence même de la procédure. Elle est au procès ce que le boulet est à la poudre» (cité par Olah dans «Sentencing: The Last Frontier of The Criminal Law» (1980), 16 C.R. (3d) 97, à la p. 98). Cet énoncé est encore vrai de nos jours.

Il ne faut pas oublier non plus que l'aveu de culpabilité comporte en soi l'aveu des éléments juridiques essentiels de l'infraction en question, mais rien de plus. La poursuite doit prouver toutes les circonstances aggravantes qu'elle invoque et qui ne sont pas visées par cet aveu. Si ces circonstances ne sont pas contestées, la procédure peut être très peu formaliste. Si elles le sont, la question doit se régler selon les principes juridiques ordinaires qui régissent les procédures en matière criminelle, notamment le principe portant que tout doute pertinent doit profiter à l'accusé.

Pour moi, les faits qui justifient la peine ne sont pas moins importants que ceux qui justifient la déclaration de culpabilité; les deux devraient être soumis à la même norme de preuve. L'infraction et la peine sont inextricablement liées. [TRADUCTION] «Il semble bien établi que le processus de sentence n'est qu'une phase du procès» (Olah, précité, à la p. 107). L'accusé n'est pas soudainement privé, dès sa déclaration de culpabilité, de tous les droits dont il dispose en matière de procédure lors du procès: il a le droit d'être représenté par un avocat, de citer des témoins et de contre-interroger les témoins de la poursuite, ainsi que de témoigner lui-même et de plaider auprès du tribunal.

L'arrêt *Wilband*, indépendamment de toute reconsidération qui peut s'imposer en vertu de la *Charte*, peut se distinguer facilement de la présente affaire et l'arrêt *Gardiner* est venu en restreindre la

More specifically, *Wilband* cannot assist the Crown as support for the notion that the principle against self-incrimination can have no application to the present case because the dangerous offender proceeding is a matter of sentencing.

Nor do I think that the majority judgment of this Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309 is in any way dispositive of this case. I note that the view of the majority of this Court in *Lyons*, that a person facing dangerous proceedings is not "charged with an offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*, may require re-evaluation in light of this Court's subsequent decision in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541. In *Wigglesworth*, the majority of the Court held that s. 11 protections apply to those proceedings giving rise to "true penal consequences": see, e.g., Wilson J.'s reasons at p. 561. The imposition of an indeterminate period of imprisonment in a penitentiary would seem to qualify as such consequences. However, it is not necessary to reconsider this aspect of *Lyons* for the purposes of this case because the result I reach is perfectly consistent with the majority view in *Lyons*.

The majority in *Lyons* clearly recognized the role that s. 7 could play in these sorts of proceedings and the serious limitations of the offender's liberty at stake in them. For example, La Forest J. said, at p. 354:

The conclusion that the appellant is not entitled to the benefit of trial by jury under s. 11(f) does not, however, conclusively decide the question whether he is entitled to a determination by a jury of the question of his dangerousness, or, more generally, whether the procedural incidents of the proceeding are constitutionally adequate to safeguard his liberty. Such questions would appear to fall within the scope of a s. 7 inquiry, for s. 11 does not limit s. 7 but merely serves to illustrate and, perhaps, amplify its potential applications . . .

portée. Plus précisément, le ministère public ne saurait invoquer l'arrêt *Wilband* à l'appui de la notion selon laquelle le principe interdisant l'auto-incrimination ne saurait s'appliquer en l'espèce parce que les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux font partie du processus de détermination de la peine.

Je ne crois pas non plus que les motifs de la Cour à la majorité dans l'affaire *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309 soient déterminants en l'espèce. Je souligne qu'il y a peut-être lieu de réexaminer à la lumière de notre arrêt subséquent *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, l'opinion exprimée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Lyons*, selon laquelle une personne qui fait face à des procédures visant à déterminer si elle est un délinquant dangereux n'est pas un «inculpé» au sens de l'art. 11 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Wigglesworth*, la Cour a statué à la majorité que les garanties de l'art. 11 s'appliquent aux procédures qui entraînent de «véritables conséquences pénales»: voir, par exemple, les motifs du juge Wilson, à la p. 561. Une peine d'emprisonnement dans un pénitencier pour une période indéterminée semblerait constituer une telle conséquence. Il n'est toutefois pas nécessaire de reconsidérer cet aspect de l'arrêt *Lyons* aux fins de la présente affaire, parce que le résultat auquel j'arrive concorde parfaitement avec l'opinion de la majorité dans l'affaire *Lyons*.

La Cour à la majorité, dans l'affaire *Lyons*, a nettement reconnu le rôle que l'art. 7 pouvait jouer dans ce genre de procédures ainsi que l'ampleur des restrictions qui peuvent être apportées à la liberté du délinquant dans ces procédures. Le juge La Forest dit, par exemple, à la p. 354:

La conclusion que l'appelant ne peut pas se prévaloir du droit, garanti par l'al. 11f), de bénéficier d'un procès avec jury n'apporte toutefois pas de solution définitive à la question de savoir s'il a droit à ce que ce soit un jury qui décide s'il est dangereux ou, d'une manière plus générale, si les formalités de la procédure suffisent du point de vue constitutionnel pour sauvegarder sa liberté. Ces questions sembleraient relever d'une enquête fondée sur l'art. 7, car l'art. 11, loin de limiter la portée de l'art. 7, sert simplement à illustrer et peut-être à préciser ses applications possibles . . .

In the context of s. 7, it seems to me that the nature and quality of the procedural protections to be accorded the individual cannot depend on sterile logic or formalistic classifications of the type of proceeding in issue. Rather, the focus must be on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual.

Moreover, the majority in *Lyons* specifically resisted resting its conclusion that s. 7 did not require a jury determination of issues in dangerous offender proceedings upon the distinction relied on in *Wilband* and *Brusch* between proceedings determining guilt and proceedings determining the sentence. As La Forest J. said at p. 362:

In other respects, however, the case law following *Brusch* has given a judicial gloss to Part XXI that might, at some point, merit reappraisal by this Court. In light of the foregoing discussion it might well be that the logic that justified holding Part XXI applications to be part of the sentencing process cannot now serve to justify the whittling down of procedural rights that appears to have flowed therefrom.

In short, *Lyons* as well as *Gardiner* substantially limit any far-reaching implication drawn solely on the basis of a distinction between whether the proceeding is to determine guilt or impose a penalty. To do so would be, to use La Forest J.'s language, to justify the "whittling down" of rights on the basis of "sterile logic" and "formalistic classifications".

C. Section 1 of the Charter

Section 1 of the *Charter* provides for some limits on the rights and freedoms set out in the *Charter*:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can

Il me semble que, dans le contexte de l'art. 7, la nature et la qualité des garanties en matière de procédure qu'il faut accorder à l'individu ne sauraient être fonction d'une logique stérile ni d'une classification formaliste du type d'instance dont il s'agit. On doit plutôt mettre l'accent sur le caractère pratique de l'instance et sur l'effet qu'elle risque d'avoir sur la liberté individuelle.

De plus, les juges formant la majorité dans l'affaire *Lyons* se sont expressément abstenus de fonder leur conclusion que l'art. 7 n'exigeait pas de soumettre à la décision d'un jury les questions soulevées dans le cadre de procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux, sur la distinction, invoquée dans les arrêts *Wilband* et *Brusch*, entre les procédures qui visent à déterminer la culpabilité et celles qui visent à déterminer la peine. Comme l'affirme le juge La Forest, à la p. 362:

À d'autres égards, cependant, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Brusch* a donné à la partie XXI une interprétation qu'il conviendrait peut-être jusqu'à un certain point de réexaminer en cette Cour. Compte tenu de l'analyse qui précède, il se pourrait bien que la logique qui a permis de conclure que les demandes fondées sur la partie XXI font partie du processus de détermination de la peine ne puisse maintenant servir à justifier la réduction des droits en matière de procédure qui paraît en avoir découlé.

Bref, les arrêts *Lyons* et *Gardiner* limitent sensiblement la portée des conclusions fondées uniquement sur une distinction entre les procédures qui visent à déterminer la culpabilité et celles qui visent à déterminer la peine. Toute conclusion de cette nature reviendrait, pour reprendre les termes du juge La Forest, à justifier la «réduction» des droits en fonction d'une «logique stérile» et d'une «classification formaliste».

C. L'article premier de la Charte

L'article premier de la *Charte* prévoit certaines restrictions aux droits et libertés énoncés dans celle-ci:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

be demonstrably justified in a free and democratic society.

The test for demonstrably justified limits was set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and summarized in *Swain, supra*, at pp. 980-81:

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

(a) be "rationally connected" to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;

(b) impair the right or freedom in question as "little as possible"; and

(c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

The objective of s. 755 is to protect society from dangerous offenders. While the protection of society from dangerous offenders is a pressing and substantial concern in our society and is of sufficient importance to warrant limiting a constitutionally protected right or freedom, the broad interpretation of s. 755 fails the rational connection and minimal impairment branches of the *Oakes* test.

The rational connection branch of the *Oakes* test requires that the means must be "rationally connected" to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. The admission of the results of a compulsory psychiatric assessment ordered under s. 537(1)(b) at a hearing to determine whether a person is a dangerous offender is, at first blush, to me rationally connected to the objective of protecting society from dangerous offenders; it will assist in the detection and confinement of dangerous offenders. However, it is unfair when it need not be. Specifically,

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le critère applicable pour déterminer ce qui constitue des limites dont la justification puisse se démontrer a été formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, puis résumé dans l'arrêt *Swain*, précité, aux pp. 980 et 981:

1. L'objectif de la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

2. S'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent respecter un critère de proportionnalité; c'est-à-dire qu'ils doivent:

a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et n'être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;

b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question;

c) être de nature à ce que leurs effets sur la restriction des droits et libertés soient proportionnels à l'objectif.

L'article 755 vise à protéger la société contre les délinquants dangereux. Bien que cette protection représente une préoccupation urgente et réelle dans notre société et qu'elle soit suffisamment importante pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, l'interprétation large de l'art. 755 ne satisfait pas aux volets «lien rationnel» et «atteinte minimale» du critère de l'arrêt *Oakes*.

Le volet «lien rationnel» dudit critère exige que les moyens aient un «lien rationnel» avec l'objectif et qu'ils ne soient ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles. L'admission, lors d'une audience visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, des résultats d'un examen psychiatrique obligatoire ordonné en vertu de l'al. 537(1)(b) me semble, à première vue, avoir un lien rationnel avec l'objectif de protection de la société contre les délinquants dangereux; elle aide à déceler et à incarcérer les délinquants dangereux. Elle est toutefois inéqu-

the means chosen to achieve the objective are unfair in the case at bar. In order to benefit from the protection afforded by the principles of fundamental justice to the mentally ill against committal or an unfair trial, the accused should not be forced into incriminating him- or herself for dangerous offender proceedings. Yet on the broad interpretation of s. 755, the accused is required to expose him- or herself to self-incrimination that could result in an indeterminate sentence as a dangerous offender in order to get this protection. This is unfair. Of course, different considerations might well arise if the compulsory psychiatric observation for the purposes of dangerous offender proceedings is ordered after conviction.

It should be noted here that the analysis applied to the admissibility of evidence gathered under s. 537(1)(b) in dangerous offender proceedings can also be applied to the admissibility of such evidence in other proceedings (e.g., subsequent prosecutions). The general proposition is that in order to benefit from the protection afforded by the principles of fundamental justice to the mentally ill against conviction or an unfair trial, the accused should not be forced into incriminating him- or herself at other proceedings.

In the case at bar, there is also more than minimal impairment of s. 7. The objective of protecting society from dangerous offenders can be met by ordering observation under s. 756 of the *Criminal Code* rather than s. 537(1)(b). Section 756 has safeguards for the offender and therefore impairs the s. 7 rights less than s. 537(1)(b). For example, under s. 537(1)(b), a justice may remand an accused into custody where there is evidence that the accused may be mentally ill. Under s. 756, a justice may remand an offender into custody only

table alors qu'il n'est pas nécessaire qu'elle le soit. Plus précisément, les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont inéquitable en l'espèce. Pour bénéficier de la protection contre l'incarcération ou un procès inéquitable que les principes de justice fondamentale assurent aux personnes atteintes d'une maladie mentale, l'accusé ne devrait pas être contraint à s'incriminer pour les fins de procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux. Pourtant, selon l'interprétation large de l'art. 755, l'accusé, pour bénéficier de cette protection, est obligé de s'exposer à une auto-incrimination qui pourrait entraîner une peine de durée indéterminée s'il était condamné à titre de délinquant dangereux. Cela est inéquitable. Bien entendu, il pourrait en être autrement si c'était après la déclaration de culpabilité qu'était ordonnée l'observation psychiatrique obligatoire aux fins de procédures visant à déterminer si le contrevenant est un délinquant dangereux.

Il y a lieu de souligner ici que l'analyse utilisée pour décider si des éléments de preuve recueillis en vertu de l'al. 537(1)b) sont admissibles dans des procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, peut également servir à statuer sur l'admissibilité de tels éléments de preuve dans d'autres procédures (par ex., des poursuites ultérieures). En règle générale, pour bénéficier de la protection contre une déclaration de culpabilité ou un procès inéquitable que les principes de justice fondamentale assurent aux personnes atteintes d'une maladie mentale, l'accusé ne devrait pas être contraint à s'incriminer dans d'autres procédures.

De plus, en l'espèce, il y a davantage qu'une atteinte minimale à l'art. 7. L'objectif de protection de la société contre les délinquants dangereux peut être atteint en ordonnant l'observation en vertu de l'art. 756 du *Code criminel* plutôt qu'en vertu de l'al. 537(1)b). L'article 756 comporte des garanties pour le délinquant et porte donc moins atteinte que l'al. 537(1)b) aux droits conférés par l'art. 7. Par exemple, l'al. 537(1)b) autorise un juge de paix à renvoyer le prévenu sous garde lorsqu'il existe des éléments de preuve indiquant que

(except in special circumstances) where there is reason to believe that evidence might be obtained as a result of the observation that would be relevant to the dangerous offender proceedings. Most importantly, a remand order under s. 756 can only be made once the offender has been convicted, whereas a remand order under s. 537(1)(b) can be made before conviction.

Accordingly, s. 755 on the broad interpretation fails the *Oakes* test and this interpretation must be rejected.

The presumption of constitutionality approach to statutory interpretation dictates that s. 755 not be read as rendering evidence gathered during psychiatric observation ordered under s. 537(1)(b) admissible at dangerous offender proceedings.

It should be noted here that I am comforted in this interpretation of s. 755 by the new *Criminal Code* provisions (ss. 672.11 and 672.21) introduced to replace s. 537(1)(b). In this new legislation, Parliament clearly made evidence gathered during compelled psychiatric observations of the sort ordered under the old s. 537(1)(b) inadmissible in dangerous offender proceedings.

I conclude that, in the case at bar, the evidence of the psychiatrists and the psychologist gathered during the s. 537(1)(b) observation was not admissible during the dangerous offender proceedings.

ce dernier peut être atteint d'une maladie mentale. Aux termes de l'art. 756, par contre, le juge de paix peut renvoyer le délinquant sous garde seulement (sauf dans des circonstances particulières) lorsqu'il y a des motifs de croire qu'il serait possible d'obtenir, à la suite de l'observation, des éléments de preuve pouvant s'avérer utiles aux procédures visant à déterminer s'il s'agit d'un délinquant dangereux. Qui plus est, une ordonnance de renvoi ne peut être rendue en vertu de l'art. 756 qu'une fois que le délinquant a été déclaré coupable, tandis que l'ordonnance de renvoi fondée sur l'al. 537(1)(b) peut être rendue avant.

En conséquence, l'art. 755, interprété largement, ne satisfait pas au critère de l'arrêt *Oakes* et cette interprétation doit être rejetée.

La présomption de constitutionnalité en matière d'interprétation législative exige que l'art. 755 ne soit pas interprété comme rendant admissibles, dans des procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, les éléments de preuve recueillis au cours d'une observation psychiatrique ordonnée en vertu de l'al. 537(1)(b).

Il y a lieu de souligner ici que les nouvelles dispositions du *Code criminel* (les art. 672.11 et 672.21) qui sont venu remplacer l'al. 537(1)(b) confirment cette interprétation de l'art. 755. Dans ces nouvelles dispositions, le Parlement a manifestement rendu inadmissibles, dans des procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant dangereux, les éléments de preuve recueillis au cours d'une observation psychiatrique obligatoire du genre ordonné en vertu de l'ancien al. 537(1)(b).

Je conclus qu'en l'espèce les éléments de preuve obtenus par les psychiatres et le psychologue au cours de l'observation ordonnée en vertu de l'al. 537(1)(b) n'étaient pas admissibles dans les procédures visant à déterminer si l'accusé était un délinquant dangereux.

D. *Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code*

Now I must consider whether the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied.

Section 759 of the *Criminal Code* states that:

759. (1) A person who is sentenced to detention in a penitentiary for an indeterminate period under this Part may appeal to the court of appeal against that sentence on any ground of law or fact or mixed law and fact.

. . .

(7) The provisions of Part XXI with respect to procedure on appeals apply, with such modifications as the circumstances require, to appeals under this section.

Section 686 is not part of the provisions of Part XXI with respect to *procedure* on appeals. Section 686(1)(b)(iii) does not apply to appeals under Part XXIV of the *Criminal Code*. Therefore, this is not a case in which it is even possible to apply the curative proviso.

Under s. 759(3)(a), I will order a new sentencing hearing. I hope that the parties will agree not to compel the appellant's victims to testify at the new hearing. Their testimony was not challenged during these proceedings and it would likely be a significant hardship for them to be forced to relive the sexual assault experiences yet again.

E. *The Scope of this Decision*

The final issue in this case is the scope of this decision. First, it is important to note that the preceding analysis is directed only at psychiatric and psychological evidence gathered through observation ordered by a court.

Second, it is important to note that this decision should not be taken to be inferentially ruling on any of the new provisions of the *Criminal Code* (specifically, s. 672.21(3)(c)). At first glance, s.

D. *Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du Code criminel*

Je dois maintenant examiner s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

L'article 759 du *Code criminel* prévoit ceci:

759. (1) Les personnes condamnées à la détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sous l'autorité de la présente partie peuvent interjeter appel d'une telle condamnation à la cour d'appel sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait.

. . .

(7) Les dispositions de la partie XXI relatives à la procédure sur appel s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux appels prévus par le présent article.

L'article 686 ne figure pas parmi les dispositions de la partie XXI relatives à la *procédure* sur appel. Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) ne s'applique pas aux appels fondés sur la partie XXIV du *Code criminel*. Donc, il n'est même pas possible en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice.

Me fondant sur l'al. 759(3)a), j'ordonnerai la tenue d'une nouvelle audience pour déterminer la peine. J'espère que les parties conviendront de ne pas contraindre les victimes de l'appelant à témoigner à cette nouvelle audience. Leur témoignage n'a pas été contesté au cours de la présente instance et il serait probablement extrêmement pénible pour elles d'être obligées de revivre encore une fois les agressions sexuelles qu'elles ont subies.

E. *La portée de la présente décision*

Le dernier point à aborder en l'espèce est celui de la portée du présent arrêt. En premier lieu, il importe de souligner que l'analyse qui précède ne vise que la preuve psychiatrique et psychologique recueillie grâce à une observation ordonnée par un tribunal.

En deuxième lieu, il importe de souligner qu'on ne doit pas considérer le présent arrêt comme statuant implicitement sur l'une ou l'autre des nouvelles dispositions du *Code criminel* (plus particu-

672.21(3)(c) appears to make statements made by the accused during the course of an assessment or treatment directed by a disposition admissible for the purpose of determining whether the accused is a dangerous offender. However, this section does not make statements made during compelled psychiatric observation admissible for the purposes of dangerous offender proceedings. Rather, it makes them admissible for the purpose of determining whether the accused is a dangerous mentally disordered accused. Dangerous mentally disordered accused persons are then dealt with under s. 672.65 (as yet unproclaimed). Dangerous offenders continue to be dealt with under s. 753 onwards. Statements made during compelled psychiatric observation are in fact inadmissible under s. 672.21(2) for the purposes of dangerous offender proceedings because dangerous offender proceedings are not included in the notwithstanding section of s. 672.21. The failure of the broad interpretation of s. 755 of the *Criminal Code* to clear the hurdle of s. 1 of the *Charter* should not be taken as any reflection on the constitutional validity of s. 672.21(3)(c) of the *Criminal Code*. The s. 1 arguments in support of s. 672.21(3)(c) will be different from those in support of s. 755 and they were not before this Court in this case.

V. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal and order a new sentencing hearing.

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

GONTHIER J. — At issue in this case is the admissibility on dangerous offender proceedings of psychiatric evidence obtained during a pre-trial psychiatric examination pursuant to an order under s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c.

lièrement l'al. 672.21(3)c)). De prime abord, l'al. 672.21(3)c) semble rendre admissibles, aux fins de déterminer si l'accusé est un délinquant dangereux, les déclarations qu'il a faites dans le cadre de l'évaluation ou du traitement prévu par une décision. Cet alinéa ne rend toutefois pas admissibles aux mêmes fins des déclarations qu'il a faites au cours d'une observation psychiatrique qu'il a été contraint de subir. Il les rend plutôt admissibles pour déterminer si l'accusé est un accusé dangereux atteint de troubles mentaux. C'est l'art. 672.65 (non encore en vigueur) qui traite ensuite des accusés dangereux atteints de troubles mentaux. Quant aux délinquants dangereux, ce sont toujours les art. 753 et suivants qui s'appliquent à eux. Aux termes du par. 672.21(2), les déclarations faites pendant une observation psychiatrique forcée sont en fait inadmissibles aux fins de procédures visant à déterminer si l'accusé est un délinquant dangereux, parce que de telles procédures ne sont pas visées par la disposition dérogatoire de l'art. 672.21. Le fait que l'interprétation large de l'art. 755 du *Code criminel* n'élimine pas l'obstacle de l'article premier de la *Charte* ne doit toutefois pas être considéré comme ayant une incidence quelconque sur la constitutionnalité de l'al. 672.21(3)c) du *Code criminel*. Les arguments fondés sur l'article premier que l'on pourra invoquer à l'appui de l'al. 672.21(3)c) seront différents de ceux avancés au soutien de l'art. 755, et notre Cour n'en a pas été saisie en l'espèce.

^g V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience pour déterminer la peine.

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

LE JUGE GONTHIER — Se pose en l'espèce la question de l'admissibilité, dans le cadre de procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux, d'une preuve psychiatrique recueillie au cours d'un examen psychiatrique préalable au pro-

C-34 (later s. 537(1)(b), R.S.C., 1985, c. C-46, then repealed by S.C. 1991, c. 43, s. 9). While I have had the advantage of reading the reasons of Chief Justice Lamer, I respectfully disagree with them and would dismiss the appeal.

I. Facts

Scott Jones had a history of sexual assault. On May 28, 1982 he was convicted of rape, attempted rape and gross indecency for incidents involving young girls aged 10, 12 and 13. When the police sought to arrest Jones for these incidents, he confronted them with a loaded shotgun for which he was convicted of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. Jones was sentenced to five years in prison for these incidents.

On November 25, 1985, Jones was released under parole. On October 24, 1986, Jones sexually assaulted a 26-year-old woman, having forced her into his car and confined her there. Jones was alleged to have committed a sexual assault against a 14-year-old girl on October 26, 1986. On November 5, one day after being questioned for the earlier sexual assaults, Jones sexually assaulted a nine-year-old girl at knife point. On November 7, Jones was charged with three counts of sexual assault with a weapon (contrary to s. 246.2 of the *Criminal Code*) and three counts of unlawful confinement (contrary to s. 247(2) of the *Code*).

On November 18, 1986, the appellant's lawyer requested that he be remanded for observation to determine if he was mentally ill. In particular, the appellant's counsel requested the order to determine whether the appellant was fit to stand trial, was sane at the time of the alleged offences and to gain some insight into the appellant for the purpose of sentencing. He was so remanded pursuant to s. 465(1)(c)(iii) of the *Code*. A 30-day remand

cès, effectué conformément à une ordonnance fondée sur l'al. 465(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (devenu plus tard l'al. 537(1)b), L.R.C. (1985), ch. C-46, puis abrogé par L.C. 1991, ch. 43, art. 9). J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer, mais, en toute déférence, je n'y souscris pas et je rejeterais le pourvoi.

I. Les faits

Scott Jones avait des antécédents d'agressions sexuelles. Le 28 mai 1982, il a été reconnu coupable d'avoir commis des infractions de viol, de tentative de viol et de grossière indécence contre des fillettes âgées de 10, 12 et 13 ans. Quand des policiers ont cherché à l'arrêter relativement à ces incidents, Jones les a affrontés avec un fusil chargé, ce qui lui a valu une déclaration de culpabilité de possession d'une arme à une fin dangereuse pour la paix publique. Jones a été condamné à cinq ans de prison pour les incidents en question.

Le 25 novembre 1985, Jones a obtenu sa libération conditionnelle. Le 24 octobre 1986, il a agressé sexuellement une femme de 26 ans, qu'il a contrainte de monter dans sa voiture où il l'a séquestrée. On a reproché à Jones d'avoir commis une agression sexuelle contre une jeune fille de 14 ans le 26 octobre 1986. Le 5 novembre, un jour après avoir été interrogé relativement aux agressions sexuelles précédentes, il en a commis une nouvelle sur une fillette de neuf ans en la menaçant avec un couteau. Le 7 novembre, Jones a fait l'objet de trois chefs d'agression sexuelle armée (portés en vertu de l'art. 246.2 du *Code criminel*) et de trois chefs de séquestration (portés en vertu du par. 247(2) du *Code*).

Le 18 novembre 1986, l'avocat de l'appellant a demandé qu'il soit renvoyé pour observation afin de déterminer s'il était atteint d'une maladie mentale. L'avocat de l'appellant a notamment demandé l'ordonnance afin de déterminer si l'appellant était apte à subir son procès et s'il était sain d'esprit au moment de la perpétration des infractions reprochées, ainsi que pour obtenir sur lui des renseignements en vue de déterminer la peine à lui imposer. L'appellant a donc été renvoyé pour observation conformément au sous-al. 465(1)c)(iii) du *Code*.

order was issued "for purposes of medical and/or psychiatric observation".

Two psychiatrists and one psychologist examined the appellant at the Forensic Psychiatric Institute. Prior to the first examination, Dr. Lohrasbe warned the appellant that none of the discussions would be confidential and that all information that was provided could be used against the appellant in the course of the proceedings. A second psychiatrist, Dr. Semrau, also examined the appellant and warned him that the interview was not confidential and could be used against him in court. He also advised the appellant of his right to talk to counsel. The psychologist, Dr. La Torre, warned the appellant prior to his interview with him that anything he said could be used in a court of law.

Although the trial judge found that the appellant was adequately warned that his discussions with the psychiatrists could be used against him, he was not specifically warned that the evidence of the psychiatrists could be used to assist in determining whether or not he was a dangerous offender.

In the course of assessing the appellant's mental health, Dr. Lohrasbe became concerned about the appellant's potential for future violence. These concerns emerged from Mr. Jones himself who stated during the examination that he was a danger to potential victims. Although Dr. Lohrasbe considered the implications of the use of this evidence at the dangerous offender stage, he did not fundamentally alter his method of interviewing. While he administered a slightly different intelligence test (using a more widely accepted version), the focus of the testing was identical to the one to determine the state of Jones' mental health.

The appellant pleaded guilty to one count of sexual assault and one count of sexual assault with a weapon. During the dangerous offender proceedings that followed, the trial judge conducted a *voir dire* in which the appellant challenged the admissi-

Une ordonnance de détention pendant 30 jours a été rendue [TRADUCTION] «pour fins d'observation médicale ou psychiatrique, ou les deux à la fois».

Deux psychiatres et un psychologue ont examiné l'appellant au Forensic Psychiatric Institute. Avant le premier examen, le Dr Lohrasbe a prévenu l'appellant qu'aucun de leurs entretiens ne serait confidentiel et que tous les renseignements fournis pourraient être utilisés contre lui dans le cadre des poursuites. Un second psychiatre, le Dr Semrau, a également examiné l'appellant et l'a averti que l'entrevue n'était pas confidentielle et qu'elle pourrait être utilisée contre lui en cour. De plus, il a informé l'appellant de son droit de consulter un avocat. Quant au psychologue, le Dr La Torre, il a averti l'appellant, avant de l'interviewer, que tout ce qu'il dirait pourrait servir devant les tribunaux.

D'après le juge du procès, l'appellant avait certes été suffisamment averti que ses discussions avec les psychiatres pourraient être utilisées contre lui, mais on ne l'avait pas expressément prévenu que la preuve qu'ils recueilleraient pourrait servir à déterminer s'il était un délinquant dangereux.

Au cours de son évaluation de la santé mentale de l'appellant, le Dr Lohrasbe a commencé à s'inquiéter de la possibilité de futurs actes de violence de la part de l'appellant. C'est M. Jones lui-même qui a suscité cette inquiétude en disant pendant l'examen qu'il risquait de faire de nouvelles victimes. Quoiqu'il ait considéré les répercussions de l'utilisation de cette preuve au moment de déterminer si l'appellant était un délinquant dangereux, le Dr Lohrasbe n'a pas fondamentalement modifié sa façon de procéder aux entrevues. Bien qu'il ait appliqué un test d'intelligence légèrement différent (c'est-à-dire une version plus généralement acceptée), la portée du test était identique à celle du test visant à déterminer l'état de santé mentale de Jones.

L'appellant a plaidé coupable relativement à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'agression sexuelle armée. Pendant les procédures qui ont été engagées par la suite en vue de déterminer si l'appellant était un délinquant dangereux, le juge du

bility of the evidence from the three doctors at the Forensic Psychiatric Institute on the grounds that to admit this evidence would breach his s. 7 *Charter* rights. The trial judge found that the evidence was admissible in spite of the fact that additional warnings had not been given to the appellant about the possible use of this psychiatric testimony in dangerous offender proceedings.

Dr. Lohrasbe found that the appellant was extremely dangerous and he could see no basis for a change in this psychological make-up in the foreseeable future. He concluded that placing the appellant in the community would put other young women at risk. Dr. La Torre found that the appellant had considerable hostility toward women and that his lack of insight into his problem created a strong risk that he would re-offend. Dr. Semrau found that the appellant's sexual assault tendency followed a very dangerous pattern that was highly likely to repeat itself in the future.

The two doctors testifying on behalf of the appellant accepted the deep-seated nature of the appellant's problems. However, they were of the view that treatment over the normal period of detention could prevent the appellant from re-offending. The trial judge concluded that the appellant was dangerous within the meaning of the *Code*.

II. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*

In his ruling on the admissibility of the psychiatrists' evidence for the purpose of dangerous offender proceedings, Spencer J. made three critical findings. First, he found that the scope of the examination conducted did not differ materially as a consequence of the doctors' suspicions regarding the appellant's "dangerous" tendencies and that

procès a tenu un voir-dire dans le cadre duquel l'appellant a contesté l'admissibilité de la preuve émanant des trois médecins du Forensic Psychiatric Institute, pour le motif que l'admission de cette preuve porterait atteinte aux droits que lui garantissait l'art. 7 de la *Charte*. Le juge du procès a conclu à l'admissibilité de cette preuve, malgré le fait que l'appellant n'avait reçu aucune mise en garde supplémentaire sur la possibilité que ces témoignages de psychiatre soient utilisés dans des procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux.

Le Dr Lohrasbe a conclu que l'appellant était extrêmement dangereux et, selon lui, rien ne permettait de croire que cet état psychologique changerait dans un avenir prévisible. Il a jugé que d'autres jeunes femmes seraient en danger si on relâchait l'appellant dans la collectivité. Le Dr La Torre en est venu à la conclusion que l'appellant ressentait une grande hostilité envers les femmes et que le fait qu'il ne s'en rendait pas bien compte créait un risque énorme de récidive. Le Dr Semrau, de son côté, a décelé dans la propension de l'appellant à l'agression sexuelle un mode de comportement fort dangereux qui risquait fort de se reproduire à l'avenir.

Les deux médecins qui ont témoigné pour le compte de l'appellant ont reconnu que ses problèmes étaient profondément enracinés. Ils étaient toutefois d'avis que les traitements qu'il suivrait pendant la période normale de détention pourraient empêcher toute récidive de sa part. Le juge du procès a conclu que l'appellant était dangereux au sens du *Code*.

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Spencer a tiré trois conclusions cruciales dans sa décision sur la question de l'admissibilité de la preuve des psychiatres aux fins d'une procédure visant à déterminer si l'appellant était un délinquant dangereux. Il a d'abord conclu que la portée de l'examen effectué n'a pas changé sensiblement par suite des soupçons des médecins con-

there was no attempt to deceive the appellant about the scope of the inquiry:

Dr. La Torre testified that the psychological tests he administered would have been the same, in any event, except that a different intelligence test would have been given, had it not been for the direction that he examine the question of the accused as a danger. The psychological test or rather the intelligence test, in fact administered was something called the WAS Revised Test and revealed an intelligence quotient of 86, putting the accused in the low average range of intelligence.

Dr. Semrau came to see the accused because Dr. Lohrasbe asked him to give a second opinion. That apparently was not because Dr. Lohrasbe had begun to suspect that the accused represented a danger to re-offend, but because of the serious nature of the charges facing the accused — they then were three counts of sexual assault and perhaps some other counts connected with those assaults.

The indicia of danger which has been put before me on the voir dire in the psychiatrist's opinions, emerges in the ordinary course of a consensual examination pursuant to s. 465, subsection (c).

Second, the trial judge examined the appellant's argument that his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated by the failure of the doctors to warn him of the possible use of his psychiatric testimony against him in dangerous offender proceedings. Spencer J. accepted the distinction between the use of such evidence to determine guilt and its use in sentencing as found in *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.), and *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14:

The only right that I can find is one which is exemplified in s. 11, subsection (c), that is, the right against self-incrimination. In that section, it is limited to those who are charged with an offence. It might have been a broader right under s. 7 extending to those who are no longer technically charged with an offence but for the fact that the criminal law of this country, at the highest

cernant les tendances «dangereuses» de l'appellant et qu'il n'y a eu aucune tentative d'induire l'appellant en erreur concernant cette portée:

[TRADUCTION] Le Dr La Torre a témoigné que les tests psychologiques qu'il avait fait subir auraient été les mêmes de toute façon, sauf que le test d'intelligence aurait été différent en l'absence de la directive d'examiner si l'accusé était dangereux. Le test psychologique ou plutôt le test d'intelligence auquel on a procédé, qu'on appelle le WAS Revised Test, a révélé chez l'accusé un quotient intellectuel de 86, ce qui le situait dans la moyenne inférieure.

Le Dr Semrau est allé voir l'accusé à la demande du Dr Lohrasbe qui voulait obtenir l'avis d'un autre médecin. Cette demande a été faite, semble-t-il, non pas parce que le Dr Lohrasbe avait commencé à soupçonner que l'accusé présentait un risque de récidive, mais plutôt en raison de la gravité des accusations portées contre l'accusé, soit, à l'époque, trois accusations d'agression sexuelle et peut-être certaines autres liées à ces agressions.

Les indices du risque dont j'ai été saisi lors du témoignage des psychiatres, à l'occasion du voir-dire, se dégagent dans le cours normal d'un examen consensuel effectué conformément à l'al. 465c).

Le juge du procès a ensuite examiné l'argument de l'appellant invoquant une atteinte aux droits que lui garantissait l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de l'omission des médecins de le prévenir de la possibilité que son témoignage psychiatrique soit utilisé contre lui lors de procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux. Le juge Spencer a admis la distinction, faite dans les arrêts *R. c. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), et *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, entre l'utilisation d'une telle preuve aux fins de déterminer la culpabilité et son utilisation pour déterminer la peine à imposer:

[TRADUCTION] L'unique droit dont je puisse constater l'existence est celui visé à l'al. 11c), c'est-à-dire le droit de ne pas s'incriminer. Dans cette disposition, ce droit est limité aux inculpés. On aurait pu trouver à l'art. 7 un droit plus général reconnu également aux personnes qui, techniquement, ne sont plus inculpées, n'était-ce du fait que les plus hautes instances ont, dans l'arrêt *R. c. Wil-*

level, in *R. vs. Wilband*, has denied the existence of any such right.

In his judgment on the case, the trial judge concluded that the appellant was a dangerous offender within the meaning of s. 688(a)(i) and (ii) and imposed an indeterminate sentence. This verdict was reached on the basis of a review of all the evidence before him, including the testimony of the psychiatrists that had been obtained pursuant to the pre-trial assessment of the appellant's mental health.

B. British Columbia Court of Appeal (1992), 75 C.C.C. (3d) 327

Legg J.A. begins his judgment by confirming the evidentiary basis for Spencer J.'s finding that the psychiatric investigation was simply part of the determination of whether the appellant was mentally ill and was not a separate undertaking hidden from the accused (at p. 336):

My reading of the whole of Dr. Lohrasbe's evidence leads me to conclude that his investigation of the appellant's potential dangerousness was part of the assessment he had been directed to make on whether the appellant was mentally ill. As he said in the passage of his evidence which I have quoted, that assessment was focused on why these assaults were occurring.

The Court of Appeal then proceeded to assess this Court's jurisprudence in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, in assessing whether there had been a breach of the appellant's s. 7 *Charter* rights. It stated that the case at hand differs significantly from those two cases in two important respects. First, the appellant consented to the examinations and understood that the findings could be used in court against him. Second, the psychiatrists did not resort to trickery in an attempt to persuade the accused to speak. The court found (at p. 337) that:

The order which was made under s. 537 of the *Criminal Code* required the doctors to assess whether the appellant was mentally ill. The order by its terms did not

band, nié l'existence d'un tel droit en droit criminel canadien.

Dans son jugement, le juge du procès a conclu que l'appelant était un délinquant dangereux au sens des sous-al. 688a)(i) et (ii), et il lui a infligé une peine de durée indéterminée. Ce verdict se fondait sur l'examen de l'ensemble de la preuve produite devant le juge, y compris celle des psychiatres recueillie dans le cadre de l'évaluation, préalable au procès, de la santé mentale de l'appelant.

B. Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 75 C.C.C. (3d) 327

Le juge Legg commence ses motifs en confirmant que c'est en fonction de la preuve produite que le juge Spencer a conclu que l'examen psychiatrique faisait simplement partie du processus visant à déterminer si l'appelant était atteint d'une maladie mentale, et qu'il ne s'agissait pas d'une mesure distincte prise à son insu (à la p. 336):

[TRADUCTION] D'après mon interprétation de l'ensemble de la preuve du Dr Lohrasbe, je conclus que son enquête sur le danger potentiel que présentait l'appelant faisait partie de l'évaluation qu'on lui avait ordonné d'effectuer afin de déterminer si l'appelant était atteint d'une maladie mentale. Comme il l'a dit dans l'extrait de son témoignage que je viens de citer, cette évaluation portait sur les raisons qui poussaient à commettre ces agressions.

La Cour d'appel a ensuite examiné les arrêts de notre Cour *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, afin de déterminer s'il y avait eu violation des droits que l'art. 7 de la *Charte* garantissait à l'appelant. Elle a affirmé que le présent litige diffère sensiblement de ces deux affaires, et ce, à deux égards importants. Premièrement, l'appelant a consenti aux examens et il comprenait que les conclusions tirées pourraient servir de preuve contre lui. Deuxièmement, les psychiatres n'ont eu recours à aucun subterfuge pour tenter de faire parler l'accusé. La cour a conclu, à la p. 337, que:

[TRADUCTION] Aux termes de l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 537 du *Code criminel*, les médecins devaient déterminer si l'appelant était atteint d'une

restrict the doctors to assessing the appellant's mental illness at the time of the offences for which he was charged or to assessing his fitness to stand trial. The order permitted, and indeed sought, an assessment of whether the appellant was mentally ill.

The appellant had counsel and with counsel's advice agreed to a psychiatric examination to determine whether he was mentally ill and whether he was fit to stand trial. The appellant was aware that what he might say was not protected by confidentiality and might be incorporated in a report to the court. He spoke freely and openly to the doctors at the forensic institute. He did not assert his right to silence. There were no tricks of any sort engaged in by the doctors which induced him to speak to them.

Based on these distinctions, the Court of Appeal concluded that there was no breach of the appellant's rights under s. 7 of the *Charter* and that the trial judge was correct in admitting the evidence.

Legg J.A. then proceeded to analyze the argument (raised by the appellant for the first time before the Court of Appeal) that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights were violated by the doctors' failure to offer the appellant access to counsel after the examinations had shifted to include an assessment of his potential dangerousness. Legg J.A. differentiated the decision of this Court in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, on the basis that the appellant knew of the offences for which he was detained. The court found that the Crown was under no obligation to give notice of the potential sentencing options that he faced citing *R. v. Vandale*, B.C.C.A., Victoria CA18/84, October 31, 1984 (unreported), and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, in support of this proposition.

The Court of Appeal rejected the application of the United States Supreme Court decision in *Estelle v. Smith*, 451 U.S. 454 (1981), noting that it

maladie mentale. De par son texte même, l'ordonnance ne les obligeait pas à s'en tenir à l'évaluation de la santé mentale de l'appelant au moment de la perpétration des infractions dont il était accusé, ou à l'évaluation de son aptitude à subir son procès. Elle permettait, voire recherchait, une évaluation visant à déterminer si l'appelant était atteint d'une maladie mentale.

L'appelant bénéficiait de l'assistance d'un avocat et c'est sur son conseil qu'il a accepté de subir un examen psychiatrique afin de déterminer s'il souffrait d'une maladie mentale et s'il était apte à subir son procès. L'appelant savait que ce qu'il pourrait dire ne serait pas sous le sceau de la confidentialité et pourrait être inclus dans un rapport adressé à la cour. Il a parlé franchement et ouvertement aux médecins de l'institut médico-légal. Il n'a pas invoqué son droit de garder le silence. Les médecins n'ont eu recours à aucun subterfuge pour l'amener à s'ouvrir à eux.

Compte tenu de ces distinctions, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 7 de la *Charte* et que le juge du procès avait eu raison d'admettre la preuve en question.

Le juge Legg a ensuite procédé à l'analyse de l'argument (que l'appelant avançait pour la première fois devant la Cour d'appel) invoquant une violation des droits garantis à l'appelant par l'al. 10(b) de la *Charte*, en raison de l'omission des médecins de lui donner la possibilité de consulter un avocat après que la portée des examens eut été élargie de manière à comprendre une évaluation du danger qu'il pouvait présenter. Le juge Legg a fait une distinction d'avec l'arrêt de notre Cour *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, en affirmant que l'appelant en l'espèce était au courant des infractions pour lesquelles il était détenu. Citant à l'appui les arrêts *R. c. Vandale*, C.A.C.-B., Victoria CA18/84, 31 octobre 1984 (inédit), et *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, la cour a conclu que le ministère public n'était nullement tenu de donner avis à l'appelant des différentes peines dont il était passible.

La Cour d'appel a refusé d'appliquer l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Estelle c. Smith*, 451 U.S. 454 (1981), en soulignant que cet arrêt et

differed in an important respect from the case at hand. In that case, defence counsel were not notified of the psychiatrist's examination. Here, the appellant's counsel actually requested the examination and was aware that the psychiatrist's report could be used against him. As a consequence, Legg J.A. concluded that there was no breach of the appellant's s. 10(b) rights.

III. Relevant Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . . .

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

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

537. (1) A justice acting under this Part may

. . . .

(b) by order in writing,

(i) direct an accused to attend, at a place or before a person specified in the order and within a time specified therein, for observation, or

(ii) remand an accused to such custody as the justice directs for observation for a period not exceeding thirty days,

where, in his opinion, supported by the evidence, or where the prosecutor and the accused consent, by the report in writing, of at least one duly qualified medical practitioner, there is reason to believe that

(iii) the accused may be mentally ill,

. . . .

(3) Where, as a result of observations made pursuant to an order issued under paragraph (1)(b), it appears to a justice that there is sufficient reason to doubt that the accused is, on account of insanity, capable of con-

la présente affaire différaient sous un aspect important. Dans cet arrêt, les avocats de la défense n'avaient pas été avisés de l'examen psychiatrique. En l'espèce, l'avocat de l'appelant a, en fait, demandé l'examen et il savait que le rapport du psychiatre pourrait être utilisé contre son client. Le juge Legg a donc conclu à l'absence de toute violation des droits garantis à l'appelant par l'al. 10(b).

^b III. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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

^d

. . . .

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

^e *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

537. (1) Un juge de paix agissant en vertu de la présente partie peut:

^f

. . . .

b) dans une ordonnance par écrit adressée à un prévenu:

(i) soit lui ordonner de se présenter pour observation devant la personne indiquée et aux lieu et date indiqués,

(ii) soit le renvoyer à la garde qu'il prescrit pour observation pendant trente jours au plus,

lorsque, suivant son opinion, appuyée par le témoignage ou, lorsque le poursuivant et le prévenu y consentent, par le rapport écrit d'au moins un médecin dûment qualifié, il y a des motifs de croire que . . .

(iii) le prévenu peut être atteint d'une maladie mentale,

ⁱ

. . . .

(3) Le juge de paix, qui, compte tenu des observations faites à la suite de l'ordonnance rendue conformément à l'alinéa (1)b), a des raisons suffisantes de douter de la capacité du prévenu, pour cause d'aliénation mentale, de

ducting his defence, the justice shall direct that an issue be tried whether the accused is then, on account of insanity, unfit to conduct his defence at the preliminary inquiry.

(4) Where the justice directs the trial of an issue under subsection (3), he shall proceed in accordance with section 615 in so far as that section may be applied.

753. Where, on an application made under this Part following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor, it is established to the satisfaction of the court

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 752 and the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint, or

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 and the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

mener sa défense, doit ordonner que cette question soit tranchée dès l'enquête préliminaire.

(4) Le juge de paix qui ordonne qu'une question soit tranchée conformément au paragraphe (3) doit se conformer à l'article 615 dans la mesure où il peut s'appliquer.

753. Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence, le tribunal, convaincu que, selon le cas:

a) l'infraction commise constitue un sévices grave à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 752, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant, selon le cas:

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

b) l'infraction commise constitue un sévices grave à la personne, aux termes de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes,

the court may find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted.

755. (1) On the hearing of an application under this Part, the court shall hear the evidence of at least two psychiatrists and all other evidence that, in its opinion, is relevant, including the evidence of any psychologist or criminologist called as a witness by the prosecution or the offender.

756. (1) A court to which an application is made under this Part may, by order in writing,

(a) direct the offender in relation to whom the application is made to attend, at a place or before a person specified in the order and within a time specified therein, for observation, or

(b) remand the offender in such custody as the court directs, for a period not exceeding thirty days, for observation,

where in its opinion, supported by the evidence of, or where the prosecutor and the offender consent, supported by the report in writing of, at least one duly qualified medical practitioner, there is reason to believe that evidence might be obtained as a result of the observation that would be relevant to the application.

IV. Analysis

The appellant argues that his *Charter* rights were violated in two ways. First, the failure to specifically advise the accused that the psychiatric examinations might be used during the dangerous offender proceedings violated his s. 7 rights. Second, his s. 10(b) right to counsel was violated when he was not advised of the expansion of the psychiatric investigation to include observations with respect to his future dangerousness.

Section 755 of the *Criminal Code* deals with the evidence that may be tendered during the dangerous offender proceedings. It states that: "On the hearing of an application under this Part, the court

peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

755. (1) Lors de l'audition d'une demande en vertu de la présente partie, le tribunal entend la preuve d'au moins deux psychiatres et toute autre preuve qu'il considère pertinente y compris la preuve de tout psychologue ou criminologue appelé comme témoin par la poursuite ou par le délinquant.

756. (1) Le tribunal à qui une demande est faite en vertu de la présente partie peut, dans une ordonnance écrite:

a) soit ordonner au délinquant que vise la demande de se présenter pour observation devant la personne et aux lieu et date indiqués;

b) soit renvoyer le délinquant à la garde qu'il prescrit pour observation pour une période maximale de trente jours,

lorsque, suivant son opinion appuyée par le témoignage ou, lorsque le poursuivant et le délinquant y consentent, par le rapport écrit d'au moins un médecin dûment qualifié, il y a des motifs de croire qu'il serait possible d'obtenir par suite de cette observation, des preuves pouvant s'avérer utiles à l'examen d'une telle demande.

IV. Analyse

L'appelant soutient que les droits que lui garantit la *Charte* ont été violés de deux façons. Premièrement, l'omission de l'aviser expressément que les résultats des examens psychiatriques pourraient être utilisés au cours des procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux constituait une atteinte aux droits que lui garantissait l'art. 7. Deuxièmement, son droit, aux termes de l'al. 10b), à l'assistance d'un avocat a été violé du fait qu'on ne l'a pas avisé que la portée de l'examen psychiatrique était élargie de manière à inclure des observations sur sa dangerosité future.

L'article 755 du *Code criminel* traite de la preuve qui peut être produite dans le cadre de procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. On y lit: «Lors de l'audition d'une

shall hear the evidence of at least two psychiatrists and all other evidence that, in its opinion, is relevant, including the evidence of any psychologist or criminologist called as a witness by the prosecution or the offender". Lamer C.J. would read down this section to exclude any evidence obtained during pre-trial psychiatric evaluations to which the accused has consented. With respect, I cannot agree with that view.

A. Section 7

This Court has not addressed the issue of admissibility of pre-trial psychiatric observations in dangerous offender proceedings since the advent of the *Charter*. However, the Court did address the use of non-voluntary admissions made in the course of psychiatric observations for dangerous offender proceedings in *Wilband v. The Queen*, *supra*. In that case, counsel had argued that such evidence should be inadmissible both for reasons of hearsay and because it would violate the confessions rule.

The facts in *Wilband* bear a striking similarity to the facts at hand. Frank Wilband committed a number of sexual assaults against young girls. The trial judge found Wilband to be a dangerous sexual offender, in part, on the basis of the testimony of two psychiatrists who had examined him. Wilband's counsel claimed that the examinations were not proven to have been voluntary and that both the rules of hearsay and confession evidence were violated, making the psychiatrists' evidence inadmissible at the dangerous offender hearing.

In *Wilband*, this Court drew the following distinction that I believe to be as valid in the post-*Charter* world as it was then. Fauteux J., as he then

demande en vertu de la présente partie, le tribunal entend la preuve d'au moins deux psychiatres et toute autre preuve qu'il considère pertinente y compris la preuve de tout psychologue ou criminologue appelé comme témoin par la poursuite ou par le délinquant». Le juge en chef Lamer donnerait à cette disposition une interprétation atténuée de manière à écarter tout élément de preuve recueilli au cours des évaluations psychiatriques préalables au procès, auxquelles l'accusé a consenti. En toute déférence, je ne saurais souscrire à ce point de vue.

A. L'article 7

Depuis l'avènement de la *Charte*, notre Cour n'a jamais examiné la question de l'admissibilité des résultats d'observations psychiatriques préalables au procès, dans des procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. La Cour a toutefois abordé, dans l'arrêt *Wilband c. The Queen*, précité, celle de l'utilisation d'aveux non volontaires faits au cours d'observations psychiatriques dans le cadre de procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Dans l'affaire *Wilband*, l'avocat avait fait valoir qu'une telle preuve devrait être inadmissible en raison de la règle du ouï-dire et parce que son admission violerait la règle relative aux confessions.

Les faits de l'arrêt *Wilband* présentent une ressemblance frappante avec ceux de la présente affaire. Frank Wilband avait commis un certain nombre d'agressions sexuelles sur des fillettes. Se fondant en partie sur le témoignage de deux psychiatres qui l'avaient examiné, le juge du procès conclut que Wilband était un délinquant sexuel dangereux. L'avocat de Wilband a soutenu qu'on n'avait pas prouvé que les examens avaient été subis volontairement, de sorte que la règle du ouï-dire et la règle relative aux confessions avaient toutes deux été violées, rendant ainsi le témoignage des psychiatres inadmissible lors de l'audience visant à déterminer si Wilband était un délinquant dangereux.

Dans l'arrêt *Wilband*, notre Cour a fait la distinction suivante, que je tiens pour tout aussi valable depuis l'avènement de la *Charte* qu'elle l'était

was, speaking for a unanimous Court, stated at pp. 19-20:

The issue, in these [dangerous sexual offender] proceedings which can only be resorted to if the accused has been convicted of a sexual offence, is not whether he should be convicted of another offence, but solely whether he is afflicted by a state or condition that makes him a dangerous sexual offender within the meaning of s. 659(b) of the *Criminal Code*. To be so afflicted is not an offence. . . . Indeed, a reference to subs. 3 of s. 661 of the *Criminal Code* makes it clear that the object sought by Parliament, in enacting these special provisions, is not to create an offence but to enable the Court, in cases where a sexual offender is found to be a dangerous sexual offender, to pass upon him a further sentence in lieu of or in addition to the sentence passed or which could have been passed for the sexual offence of which he was convicted. These proceedings do not involve the conviction of an offence, but the determination of the sentence which may be pronounced after conviction. The confession rule, which excludes incriminatory statements not affirmatively proved to have been made voluntarily, is a rule which has been designed for proceedings where, broadly speaking, the guilt or innocence of a person charged with an offence is the matter in issue. The rule has not been established for proceedings related to the determination of a sentence. [Emphasis added.]

The Court concluded that neither the hearsay nor the confession rules were violated given that the guilt of the accused had been established. Dangerous sexual offender proceedings were characterized as a form of sentencing for which such protection was not generally available.

The same approach has been followed by the courts since the advent of the *Charter*. For example, the Ontario Court of Appeal ruled in *R. v. Langevin*, *supra*, at pp. 355-56, that:

The procedure under Part XXI of the *Code* is to determine whether the convicted offender has the status of a "dangerous offender" and to determine the appropriate sentence. Upon conviction (or acquittal), the offender is no longer a "person charged with an offence". The dan-

à l'époque. Le juge Fauteux, plus tard Juge en chef, affirme, au nom de la Cour à l'unanimité, aux pp. 19 et 20:

a [TRADUCTION] La question sur laquelle porte de telles procédures [visant à déterminer s'il s'agit d'un délinquant sexuel dangereux], auxquelles on ne peut avoir recours que si l'accusé a été déclaré coupable d'une infraction sexuelle [. . .] est de savoir non pas si l'accusé devrait être reconnu coupable d'une autre infraction, mais uniquement de savoir si son état ou sa condition font de lui un délinquant sexuel dangereux au sens de l'al. 659b) du *Code criminel*. L'existence d'un tel état ou d'une telle condition ne constitue pas une infraction. [. . .] De fait, il se dégage nettement du par. 661(3) du *Code criminel* que le but visé par le législateur en adoptant ces dispositions spéciales n'est pas de créer une infraction mais bien de permettre à la cour, dans les cas où un délinquant sexuel est jugé dangereux, de lui imposer une peine au lieu ou en sus de celle qui a été infligée, ou qui aurait pu l'être, pour l'infraction sexuelle dont il a été déclaré coupable. Ces procédures visent non pas à prononcer une déclaration de culpabilité d'une infraction, mais à déterminer la peine à imposer à la suite de la déclaration de culpabilité. La règle relative aux confessions, qui exclut les déclarations incriminantes dont on n'a pas prouvé formellement le caractère volontaire, a été conçue en vue de s'appliquer aux procédures qui, d'une manière générale, mettent en cause la culpabilité ou l'innocence d'une personne accusée d'une infraction. Elle n'a pas été établie pour s'appliquer à des procédures liées à la détermination d'une peine. [Je souligne.]

La Cour a conclu que ni la règle du oui-dire ni la règle relative aux confessions n'avait été violée étant donné que la culpabilité de l'accusé avait été établie. Les procédures visant à déterminer si une personne est un délinquant sexuel dangereux ont été assimilées à une forme de détermination de la peine, à laquelle une telle protection ne s'appliquait généralement pas.

Les tribunaux ont retenu le même point de vue, depuis l'avènement de la *Charte*. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Langevin*, précité, aux pp. 355 et 356, la Cour d'appel de l'Ontario statue ceci:

[TRADUCTION] La procédure prévue à la partie XXI du *Code* a pour objet de déterminer si la personne reconnue coupable d'une infraction est un «délinquant dangereux» et de déterminer la peine appropriée. Une fois déclaré coupable (ou acquitté), le délinquant n'est plus

gerous offender proceedings against the offender are not "in respect of the offence" but in respect of his future dangerousness.

The Ontario Court of Appeal concluded that neither s. 7 nor s. 11(c) guaranteed a right to be warned against the possible use during dangerous offender proceedings of statements made during an initial psychiatric examination. The *Langevin* decision was followed by the trial judge in the case at hand.

The resolution of the s. 7 issue in this case hinges on whether the *Wilband* distinction between proceedings involving the risk of conviction for an offence and proceedings for sentencing remains valid. Lamer C.J. would eliminate this distinction. He states (at p. 247):

There are two principles of fundamental justice involved in this analysis. The first is the principle against convicting a person who was insane at the time of the offence and against proceeding against an accused who, on account of insanity, is unfit to conduct her or his defence. The second is the principle against self-incrimination. In this case, the accused, in order to take advantage of the protection afforded by the first principle, was compelled to undergo a period of psychiatric observation. The results of this observation were then used to incriminate him at the dangerous offender proceedings.

With the greatest of respect, I cannot agree with the characterization of Lamer C.J. that the results of the psychiatric observation are used to "incriminate" the accused at his dangerous offender proceedings. They are not. By the time the accused reaches the dangerous offender proceeding state, he has already been found culpable of the offence for which he was charged. He has, in effect, already been "criminated", transformed from "accused" to "offender". Section 753 proceedings are sentencing provisions and do not constitute a separate charge against the offender. A conclusion that the individual is a dangerous offender does not constitute a separate finding of culpability any

un «inculpé». Les procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux ont trait non pas à «l'infraction qu'on lui reproche», mais bien à la question de sa dangerosité future.

^a La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que ni l'art. 7 ni l'al. 11c) ne garantissait le droit d'être prévenu de la possibilité que des déclarations faites pendant un examen psychiatrique initial soient utilisées au cours de procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Le juge du procès a suivi l'arrêt *Langevin* en l'espèce.

^c Dans le cas qui nous occupe, la réponse à la question de l'art. 7 dépend de celle de savoir si la distinction faite dans l'arrêt *Wilband* entre des procédures comportant le risque d'être déclaré coupable d'une infraction et des procédures de détermination de la peine est toujours valide. Le juge en chef Lamer écarterait cette distinction. Il affirme, à la p. 247:

^e La présente analyse porte sur deux principes de justice fondamentale. Le premier est le principe interdisant de reconnaître coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction et d'engager des procédures contre un accusé qui, pour cause d'aliénation mentale, est inapte à mener sa défense. Le second est le principe interdisant l'auto-incrimination. En l'espèce, l'accusé, afin de pouvoir bénéficier de la protection du premier principe, a dû se soumettre à une observation psychiatrique pendant un certain temps. Les résultats de cette observation ont ensuite servi à l'incriminer dans des procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux.

Sauf le respect que je lui dois, je ne puis convenir avec le juge en chef Lamer que les résultats de l'observation psychiatrique servent à «incriminer» l'accusé lors des procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux. Il n'en est rien. Rendu au stade des procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux, l'accusé a déjà été reconnu coupable de l'infraction qui lui était reprochée. Il a, en fait, déjà été «incriminé» et, partant, transformé d'«inculpé» en «délinquant». Les procédures prévues à l'art. 753 concernent la détermination de la peine et ne constituent pas une accusation distincte portée contre le délinquant. Conclure qu'une personne est un délinquant dan-

more than any particular sentence generates a distinct culpability.

The distinction between sentencing and culpability proceedings was reinforced by this Court in *R. v. Lyons, supra*. In that case, La Forest J., speaking for the majority, held that the dangerous offender provisions contained in ss. 687 to 695 of the *Criminal Code* did not violate ss. 7, 9, 11 or 12 of the *Charter*.

When dealing with the question of whether s. 11(f) of the *Charter* required a jury hearing for a dangerous offender application, La Forest J. made the following remarks at p. 353:

There would seem to be no warrant for reconsidering the conclusion of this Court [in *Wilband v. The Queen*] that the "labelling" procedure does not constitute the charge of an offence. Nor do I think that a different conclusion can be justified for the purposes of s. 11 of the *Charter*. As I observed in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, the phrase "Any person charged with an offence" in the opening words of the section must be given a constant meaning that harmonizes with the various paragraphs of the section. It seems clear to me that for the purposes of s. 11 it would be quite inappropriate to conclude that a convicted person is charged with an offence when confronted with a Part XXI application. How can it be said that the right to the presumption of innocence until proven guilty (s. 11(d)) and the right to bail (s. 11(e)), for example, could have any application in the context of the unique post-conviction proceeding mandated by Part XXI? [Emphasis in original.]

These remarks were most recently cited with approval by Sopinka J. writing for a majority of the Court in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 908. This view was not supported by Lamer J., as he then was, in his dissent in *Lyons*. He stated at pp. 373-74:

Under Part XXI, if the court finds that the offender is a dangerous offender then, rather than imposing a deter-

gereux ne constitue pas une conclusion distincte de culpabilité pas plus qu'une peine particulière n'engendre une culpabilité distincte.

a La distinction entre les procédures de détermination de la peine et celles visant à établir la culpabilité a été renforcée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, où le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu que les dispositions relatives aux délinquants dangereux, contenues dans les art. 687 à 695 du *Code criminel*, ne violaient pas les art. 7, 9, 11 ou 12 de la *Charte*.

c Traitant de la question de savoir si l'al. 11f) de la *Charte* exige que soit entendue par un jury une demande d'attribution de statut de délinquant dangereux, le juge La Forest a fait les observations suivantes, à la p. 353:

d Rien ne semblerait justifier une révision de la conclusion de cette Cour [dans l'arrêt *Wilband c. The Queen*] que l'attribution d'une «étiquette» ne constitue pas l'imputation d'une infraction. Je ne crois pas non plus que l'art. 11 de la *Charte* justifie une conclusion différente. e Comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, on doit prêter à l'expression «Tout inculpé», au début de l'article, un sens fixe qui soit en harmonie avec les différents alinéas de cet article. Il me paraît évident qu'aux fins de l'art. 11 il ne s'agit pas du tout de conclure qu'une personne reconnue coupable d'une infraction se voit inculper d'une autre infraction lorsqu'elle fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI. Comment peut-on prétendre que le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable (al. 11d)) et le droit d'être mis en liberté sous caution (al. 11e)), par exemple, pourraient jouer dans le contexte de la procédure spéciale prévue à la partie XXI pour des cas où il y a déjà eu déclaration de culpabilité? [Souligné dans l'original.]

h Le juge Sopinka a tout récemment cité et approuvé ces observations, au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 908. Il s'agit toutefois d'une opinion qui n'a pas reçu l'appui du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'affaire *Lyons*. Celui-ci affirme, aux pp. 373 et 374:

j Suivant la partie XXI, si la cour estime que le délinquant est dangereux, alors, plutôt que de lui imposer une peine d'une durée déterminée dans les limites prévues

offence for which the offender was convicted, the court may impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period. The conclusion that the offender is a dangerous offender gives the court jurisdiction to impose a greater sentence. The status of being a dangerous offender is thus in my view an offence for the purposes of s. 11 and the offender is charged with an offence when an application is brought under Part XXI.

By a clear majority, this Court rejected this characterization of dangerous offender proceedings as a separate offence for the purposes of s. 11. While this Court recognized in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, that *Charter* rights contained in ss. 8 to 14 are illustrative and not limitative of s. 7 rights, *Lyons* rejected the proposition that dangerous offender proceedings could be characterized as a new trial during which the accused was to be accorded the same procedural protection as is accorded in the initial hearing. I see no reason to reverse our reasoning in *Lyons* in the case at hand.

Nor do I believe, as Lamer C.J. suggests, that *Lyons* "may require re-evaluation in light of this Court's subsequent decision in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541" (p. 261). That case involved the question of whether a charge of a "major service offence" under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9, constituted an "offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*. In deciding whether a private disciplinary matter would invoke s. 11 protection, Wilson J. asked whether the discipline imposed true penal consequences. She concluded that the penalty of one year imprisonment constituted true penal consequences. Thus, a service officer facing a major service offence charge would be afforded s. 11 protection during his hearing to determine his guilt due to the true penal consequences he was ultimately facing.

pour l'infraction dont il a été déclaré coupable, elle peut lui infliger une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Du moment qu'elle décide qu'il s'agit d'un délinquant dangereux, la cour est autorisée à imposer une peine plus lourde. Le statut de délinquant dangereux constitue donc, selon moi, une infraction aux fins de l'art. 11 et le délinquant est inculqué dès qu'une demande est présentée en vertu de la partie XXI.

Notre Cour a rejeté, à la nette majorité, cette qualification d'infraction distincte aux fins de l'al. 11 attribuée aux procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Même si elle a reconnu, dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, que les droits énoncés aux art. 8 à 14 de la *Charte* illustrent les droits prévus à l'art. 7 plutôt que d'en constituer une liste exhaustive, notre Cour a écarté, dans l'arrêt *Lyons*, la proposition selon laquelle les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux pouvaient être qualifiées de nouveau procès au cours duquel l'accusé devait se voir accorder la même protection procédurale que celle offerte lors de l'audience initiale. Je ne vois aucune raison d'adopter en l'espèce un raisonnement contraire à celui suivi dans l'arrêt *Lyons*.

De plus, je ne crois pas, comme le laisse entendre le juge en chef Lamer, qu'il y ait «peut-être lieu de réexaminer [l'arrêt *Lyons*] à la lumière de notre arrêt subséquent *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541» (p. 261). Il s'agissait, dans cette affaire, de déterminer si une «infraction majeure ressortissant au service» au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, ch. R-9, constituait une «infraction» au sens de l'art. 11 de la *Charte*. En décidant si la protection de l'art. 11 pouvait être invoquée à l'égard d'une question de discipline privée, le juge Wilson s'est demandée si la discipline entraînait de véritables conséquences pénales. Elle a conclu que la peine d'un an de prison constituait une véritable conséquence pénale. Ainsi, l'agent accusé d'une infraction majeure ressortissant au service bénéficierait de la protection de l'art. 11 pendant l'audience visant à déterminer sa culpabilité, en raison des véritables conséquences pénales auxquelles il se trouve exposé en dernière analyse.

At no point does Wilson J. suggest that since true penal consequences are faced at the sentencing stage, the sentencing proceedings themselves attract full s. 11 protection. All sentencing proceedings involve true penal consequences. Whether the convicted party is faced with a sentence of ten years or an indeterminate sentence, as in the case of dangerous offender proceedings, his sentencing hearing involves true penal consequences for him. These penal consequences are the result of his having been found guilty of committing a serious crime during a proceeding at which full s. 11 protection was available to him. Lamer C.J.'s logic would have us hold that the existence of true penal consequences at the sentencing stage is enough to invoke full *Charter* protection during those proceedings in spite of the fact that the party has already been found guilty of an offence. With the greatest of respect, I do not believe that this position can be supported by the existing jurisprudence. *Lyons* remains unchallenged in its contention that a person facing dangerous offender proceedings is not charged with a separate offence any more than any sentencing proceeding constitutes a separate offence.

La Forest J. proceeded to analyze the right to a jury trial in the context of s. 7 rights, focusing on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual. He concluded, at p. 361, that s. 7 did not mandate a jury trial for dangerous offender proceedings:

Suffice it to say, however, that a jury determination is not mandated in the present context. The offender has already been found guilty of an offence in a trial at which he had the option of invoking his right to a jury.

Le juge Wilson ne dit nulle part que, puisque la partie intéressée est exposée à de véritables conséquences pénales au stade de la détermination de la peine, les procédures de détermination de la peine entraînent l'application de la pleine protection de l'art. 11. Toutes les procédures de détermination de la peine comportent de véritables conséquences pénales. Peu importe que la personne reconnue coupable soit exposée à une peine d'emprisonnement de dix ans ou à une peine de durée indéterminée, comme dans le cas des procédures visant à déterminer si on est en présence d'un délinquant dangereux, l'audience tenue aux fins de déterminer la peine comporte pour elle de véritables conséquences pénales. Ces conséquences pénales découlent du fait qu'elle a été reconnue coupable d'un crime grave dans le cadre de procédures au cours desquelles elle pouvait bénéficier de la pleine protection de l'art. 11. Suivant la logique du juge en chef Lamer, il faudrait conclure que l'existence de véritables conséquences pénales au stade de la détermination de la peine suffit pour qu'on puisse invoquer la pleine protection de la *Charte* pendant ces procédures, bien que la partie intéressée ait déjà été reconnue coupable d'une infraction. En toute déférence, je ne crois pas que la jurisprudence existante appuie ce point de vue. L'arrêt *Lyons* demeure incontesté pour ce qui est d'affirmer que la personne qui fait face à des procédures visant à déterminer si elle est un délinquant dangereux ne se trouve pas accusée d'une infraction distincte, pas plus que des procédures de détermination de la peine ne constituent une infraction distincte.

Le juge La Forest a entrepris d'analyser le droit à un procès devant un jury dans le contexte des droits garantis par l'art. 7, en insistant sur l'aspect fonctionnel des procédures en question et sur l'incidence qu'elles peuvent avoir sur la liberté de l'individu. Il a conclu, à la p. 361, que l'art. 7 ne commandait pas un procès devant jury dans le cas des procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux:

Il suffit toutefois de dire qu'en l'espèce rien n'exige une décision par un jury. Le délinquant a déjà été reconnu coupable d'une infraction à l'issue d'un procès dans le cadre duquel il aurait pu choisir d'invoquer son droit à

Moreover, the procedure to which he was subjected subsequent to the finding of guilt does not impact on his liberty to the same extent as that initial determination. Indeed, this is made clear by the same considerations that led this Court, in *Brusch*, *supra*, to classify the proceedings as part of the sentencing process.

Again, the approach of the majority was in contrast to the opinion of Lamer J., who concluded, at p. 375, that "Part XXI cannot be characterized as simply part of the sentencing process with respect to the serious personal injury offence".

La Forest J. also dealt with the issue of whether the accused's s. 7 rights were violated by virtue of the fact that he was not advised of the Crown's intention to make a Part XXI application before entry of a guilty plea. Again, the Court held, at pp. 371-72, that there was no violation of s. 7 rights:

It is nowhere alleged, here or in the courts below (where this issue was not even addressed), that the appellant did not appreciate the potential consequences of his plea; indeed, Part XXI itself can be seen to provide notification that the dangerous offender provisions are invocable if "serious personal injury offences" are committed by an accused. Nor is it alleged, for example, that the accused was unfairly taken by surprise by the application, that he was not represented by competent counsel, or that counsel pressured him to plead guilty against his will, etc. . . . [Emphasis in original.]

The question then becomes one of whether the *Lyons* holdings with respect to a right to a jury trial or advanced notice of charges should be maintained for the use of pre-trial psychiatric evaluations during dangerous offender proceedings. I believe that this extension is consistent not only with this Court's jurisprudence in *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373, and *Wilband and Lyons*, *supra*, but is supported by the approach taken by this Court more recently in *R. v. Hebert*, *supra*, and *R. v. Broyles*, *supra*.

un jury. De plus, la procédure dont il a fait l'objet à la suite de la déclaration de culpabilité est moins lourde de conséquences pour sa liberté que ne l'est la détermination initiale. Ce point de vue s'impose d'ailleurs en vertu des mêmes considérations qui ont amené cette Cour, dans l'arrêt *Brusch*, précité, à décider que les procédures en question font partie du processus de détermination de la peine.

Là encore, l'opinion de la majorité différerait de celle du juge Lamer qui a conclu, à la p. 375, qu'«on ne saurait affirmer que la partie XXI fait simplement partie intégrante du processus de détermination de la peine relativement aux sévices graves à la personne».

Le juge La Forest a aussi abordé la question de savoir s'il y a eu violation des droits que l'art. 7 garantissait à l'accusé, du fait qu'il n'a pas été informé, avant de plaider coupable, de l'intention du ministère public de présenter une demande en vertu de la partie XXI. Encore une fois, la Cour a conclu, aux pp. 371 et 372, à l'absence de toute violation de ces droits:

On n'a jamais allégué, ni en cette Cour ni devant les tribunaux d'instance inférieure (où cette question n'a même pas été débattue), que l'appelant ne s'est pas rendu compte des conséquences possibles de son plaider; en fait, la partie XXI elle-même indique que les dispositions relatives aux délinquants dangereux peuvent être invoquées si l'accusé a commis des «sévices graves à la personne». On n'allègue pas non plus, par exemple, que l'accusé a été injustement pris au dépourvu par la demande, ni qu'il n'a pas été représenté par un avocat compétent, ni que l'avocat l'a incité à plaider coupable contre son gré, etc. . . . [Souligné dans l'original.]

Il faut alors se demander si les conclusions de l'arrêt *Lyons* relatives au droit à un procès devant jury ou à un préavis des accusations portées devraient s'appliquer à l'utilisation d'évaluations psychiatriques préalables au procès, au cours de procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Je crois non seulement que cette application est compatible avec nos arrêts *Brusch c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373, ainsi que *Wilband* et *Lyons*, précités, mais encore qu'elle est appuyée par la position que notre Cour a adoptée plus récemment dans les arrêts *R. c. Hebert* et *R. c. Broyles*, précités.

R. v. Hebert affirmed the accused's s. 7 protection during the pre-trial period. In that case, the accused made a clear statement that he did not wish to speak with the police. An undercover officer was then placed in the cell with the accused and tricked him into making incriminatory statements. I agreed with McLachlin J. (speaking for the majority) that s. 7 protection extended to pre-trial investigations and that the police conduct effectively deprived the accused of his right to silence.

I draw three levels of analysis from McLachlin J.'s decision in *Hebert*. The narrow finding was that the police could not use trickery to obtain confessions from an accused. The wider finding was that s. 7 protection of pre-trial statements was necessary to ensure that the ensuing trial was fair. The widest finding was that s. 7 rights involve a contextual balancing between individual and state interests.

The narrow finding of *Hebert* was that the police could not use trickery to obtain statements that the accused would not otherwise have made. McLachlin J. states, at p. 180:

The scope of the right to silence must be defined broadly enough to preserve for the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent, notwithstanding the fact that he or she is in the superior power of the state. On this view, the scope of the right must extend to exclude tricks which would effectively deprive the suspect of this choice.

Clearly the state is not entitled to trick the accused into making statements against his will. Consent must be freely given after the accused has been given the opportunity to consult counsel. However, both *Hebert* and *Broyles* accepted that statements

L'arrêt *R. c. Hebert* a confirmé que l'accusé bénéficie de la protection de l'art. 7 pendant la période antérieure au procès. Dans cette affaire, l'accusé avait clairement affirmé qu'il ne voulait pas parler à la police. On a alors eu recours à un subterfuge en plaçant, dans la cellule de l'accusé, un agent de police banalisé qui l'a amené à faire des déclarations incriminantes. J'ai partagé l'avis du juge McLachlin (s'exprimant au nom de la majorité) que la protection de l'art. 7 s'appliquait également aux enquêtes préalables au procès et que la conduite policière avait effectivement privé l'accusé de son droit de garder le silence.

Je tire de l'analyse du juge McLachlin, dans l'arrêt *Hebert*, trois conclusions de portée différente. Selon celle de portée étroite, la police ne pouvait recourir à un subterfuge pour obtenir des confessions d'un accusé. Selon celle de portée plus large, l'application de l'art. 7 pour protéger les déclarations préalables au procès était nécessaire pour assurer l'équité du procès. Selon celle ayant la portée la plus large, les droits garantis par l'art. 7 comportent un équilibre contextuel entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État.

Suivant la conclusion de portée étroite de l'arrêt *Hebert*, la police ne pouvait avoir recours à un subterfuge pour arracher à l'accusé des déclarations qu'il n'aurait pas faites par ailleurs. Le juge McLachlin affirme, à la p. 180:

La portée du droit de garder le silence doit être définie de façon suffisamment générale pour que la personne détenue conserve le droit de choisir de parler ou non aux autorités ou de garder le silence, sans égard au fait qu'elle soit assujettie au pouvoir supérieur de l'État. Selon cette conception, le droit doit être de portée suffisamment large pour exclure les artifices qui priveraient réellement le suspect de son choix.

Il est évident que l'État n'a pas le droit de recourir à un subterfuge pour amener l'accusé à faire des déclarations contre son gré. Le consentement doit être donné librement après que l'accusé s'est vu offrir la possibilité de consulter un avocat. Cependant, la Cour a reconnu, dans les arrêts *Hebert* et *Broyles*, que les déclarations qu'un accusé fait

volunteered by an accused to an agent of the state will not infringe an accused's s. 7 right to silence.

In the case at hand, three important findings were made in this regard. First, the appellant not only consented to the evaluation of his mental health, he requested it. The request for a psychiatric evaluation was made not only to provide evidence with respect to fitness to stand trial and mental health at the time of the offence but also to provide some insight into sentencing. Counsel for the appellant conceded this point when he stated: "I want to make that clear and I was — I was concerned at that point to gain some insight into this young man for the purpose of sentencing".

Second, the doctors did not deceive the accused about the nature of the tests they were conducting. They did not begin with an analysis of his mental health then secretly alter their evaluative approach to conduct an assessment of his dangerousness. The trial judge found that they undertook the same analysis of his mental health as they would have undertaken even if they had not suspected him to be dangerous: "The indicia of danger which has been put before me on the voir dire in the psychiatrist's opinions, emerges in the ordinary course of a consensual examination pursuant to s. 465, subsection (c)".

Third, the appellant freely consented to the tests with the advice of counsel. He was fully warned that his statements might be used against him in court. In spite of these warnings, and on the advice of his lawyer, he freely participated in the testing. He was not "tricked" into making statements as in *Hebert*. As the Court of Appeal found (at p. 337):

The appellant had counsel and with counsel's advice agreed to a psychiatric examination to determine whether he was mentally ill and whether he was fit to stand trial. The appellant was aware that what he might

volontairement à un fonctionnaire de l'État ne portent pas atteinte au droit de garder le silence que lui garantit l'art. 7.

En l'espèce, trois conclusions importantes ont été tirées à cet égard. Premièrement, l'appellant a non seulement consenti à l'évaluation de sa santé mentale, mais encore il l'a demandée. La demande d'évaluation psychiatrique visait non seulement à recueillir des éléments de preuve relatifs à l'aptitude de l'appellant à subir son procès et à sa santé mentale au moment de l'infraction, mais aussi à obtenir des renseignements sur lui en vue de la peine à imposer. L'avocat de l'appellant l'a reconnu en affirmant: [TRADUCTION] «Je tiens à ce que ce soit clair et mon souci à ce moment-là était d'obtenir sur ce jeune homme des renseignements aux fins de la détermination de la peine».

Deuxièmement, les médecins n'ont pas trompé l'accusé quant à la nature des tests qu'ils lui faisaient subir. Ils n'ont pas commencé par une analyse de sa santé mentale pour ensuite modifier, à son insu, leur méthode d'évaluation de manière à évaluer sa dangerosité. Le juge du procès a conclu que les médecins ont procédé à la même analyse de la santé mentale de l'accusé que celle à laquelle ils auraient procédé s'ils ne l'avaient pas soupçonné d'être dangereux: [TRADUCTION] «Les indices du risque dont j'ai été saisi lors du témoignage des psychiatres, à l'occasion du voir-dire, se dégagent dans le cours normal d'un examen consensuel effectué conformément à l'al. 465c)».

Troisièmement, l'appellant a, sur le conseil de son avocat, consenti librement aux tests en question. On l'a amplement prévenu que ses déclarations pourraient être utilisées contre lui en cour. Malgré ces mises en garde, et sur le conseil de son avocat, l'appellant a participé librement aux tests. Contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire *Hebert*, on n'a eu recours à aucun subterfuge pour lui arracher des déclarations. Comme l'a conclu la Cour d'appel, à la p. 337:

[TRADUCTION] L'appellant bénéficiait de l'assistance d'un avocat et c'est sur son conseil qu'il a accepté de subir un examen psychiatrique afin de déterminer s'il souffrait d'une maladie mentale et s'il était apte à subir

say was not protected by confidentiality and might be incorporated in a report to the court. He spoke freely and openly to the doctors at the forensic institute. He did not assert his right to silence. There were no tricks of any sort engaged in by the doctors which induced him to speak to them.

Clearly the facts of this case do not bring us within the realm of *Hebert*.

The slightly wider point to be drawn from *Hebert* is that s. 7 protection must extend to the pre-trial period in order to ensure that the ensuing trial is fair. On this point, McLachlin J. held, at p. 174:

From a practical point of view, the relationship between the privilege against self-incrimination and the right to silence at the investigational phase is equally clear. The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory.

Full s. 7 protection in the pre-trial phase is essential to ensuring that an accused is not found culpable as a result of non-voluntary statements made against himself. That logic cannot easily be transferred to the post-trial phase. Given that guilt has conclusively been determined by that time, I do not believe that the logic of *Hebert* applies. As this Court held in *Lyons*, ss. 7 to 14 protection has a more limited scope when applied to the sentencing process. Once guilt has been established, our fundamental principles of justice dictate a focus on the most appropriate sentence for the guilty party. To assume that s. 7 post-trial protection should be identical to pre-trial and trial protection ignores a rather critical intervening fact: the accused has been found guilty of a crime. Having so found, the court places greater emphasis on the interests of society in developing a sentence that is appropriate to the guilty party. Evidence introduced at trial may be used in this assessment. I would argue that

son procès. L'appelant savait que ce qu'il pourrait dire ne serait pas sous le sceau de la confidentialité et pourrait être inclus dans un rapport adressé à la cour. Il a parlé franchement et ouvertement aux médecins de l'institut médico-légal. Il n'a pas invoqué son droit de garder le silence. Les médecins n'ont eu recours à aucun subterfuge pour l'amener à s'ouvrir à eux.

Il est évident que les faits de la présente affaire n'appellent pas l'application de l'arrêt *Hebert*.

La conclusion légèrement plus générale qu'il faut tirer de l'arrêt *Hebert* est que la protection de l'art. 7 doit s'appliquer au cours de la période préalable au procès afin d'assurer l'équité du procès lui-même. Sur ce point, le juge McLachlin a conclu, à la p. 174:

D'un point de vue pratique, le rapport entre le privilège de ne pas s'incriminer et le droit de garder le silence à l'étape de l'enquête est tout aussi clair. La protection accordée par un système juridique qui confère à l'accusé le droit de ne pas s'incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l'égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire.

La pleine protection de l'art. 7 au cours de la phase préalable au procès est essentielle pour éviter que l'accusé soit déclaré coupable par suite de déclarations qu'il a involontairement faites contre son intérêt. Cette logique peut difficilement s'appliquer à la phase postérieure au procès. Puisque la culpabilité a alors déjà été établie de façon concluante, je ne crois pas que la logique de l'arrêt *Hebert* s'applique. Comme notre Cour l'a statué dans l'arrêt *Lyons*, la protection offerte par les art. 7 à 14 a une portée plus limitée dans le cadre de la détermination de la peine. Une fois la culpabilité établie, nos principes de justice fondamentale exigent que l'on s'attache à déterminer la peine la plus appropriée pour le coupable. Tenir pour acquis que la protection accordée par l'art. 7, après le procès, devrait être identique à celle accordée avant et pendant le procès, c'est faire abstraction d'un fait intermédiaire plutôt crucial: l'accusé a été reconnu coupable d'un crime. La culpabilité étant établie, la cour tient davantage compte des intérêts de la société en décidant de la peine appropriée pour le coupable. La preuve produite au procès est recevable à cette fin. Selon moi, il devrait en être de

evidence emerging from the psychiatric evaluation should be similarly treated.

As I understand the approach of Lamer C.J., he focuses on the potential trade-off that the accused must make in deciding whether to seek a psychiatric examination to determine mental health at the time of the offence and fitness to stand trial. Lamer C.J. argues that the accused should be able to seek a psychiatric examination without fear of its being used against him at the later stage of dangerous offender proceedings. However, this logic would equally apply to testimony of the accused with respect to his mental state at the time of the offence.

Assume a court was faced with a fact situation similar to that found in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. In support of the defence of insanity at the time of the offence, the accused takes the stand. He testifies that he had to kill the victim (and others like him) because they pose a threat to the world and to the personal safety of the accused. However, if it is found that the accused knew his actions to be morally wrong, his defence would fail. Under the reasoning of Lamer C.J., this testimony would have to be excluded from consideration during the dangerous offender proceedings because it was in furtherance of his seeking a benefit of being declared insane at the time of the offence. I would argue that it would offend our principles of fundamental justice if the accused were able to testify about how he has a compulsive need to kill others at one stage in the proceedings but this testimony could not be considered when sentencing the accused. I see no difference between this and other evidence which the accused may give in the hope of avoiding conviction but which may serve in assessing an appropriate sentence. Similarly, I would hold that to ignore psychiatric evidence legally obtained pursuant to s. 537(1)(b) of the *Code* and relevant to assessing his

même de la preuve émanant de l'évaluation psychiatrique.

Si je comprends bien le raisonnement du juge en chef Lamer, il insiste sur le compromis que l'accusé doit faire éventuellement en décidant s'il demandera un examen psychiatrique pour déterminer sa santé mentale au moment de l'infraction et son aptitude à subir son procès. Le juge en chef Lamer soutient que l'accusé devrait pouvoir demander un examen psychiatrique sans craindre qu'il ne soit utilisé ultérieurement contre lui au stade des procédures visant à déterminer s'il est un délinquant dangereux. Toutefois, cette logique s'appliquerait tout autant au témoignage de l'accusé relativement à son état mental lors de la perpétration de l'infraction.

Supposons qu'un tribunal se trouve devant une situation de fait analogue à celle de l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. L'accusé se présente à la barre pour étayer le moyen de défense de l'aliénation mentale lors de la perpétration de l'infraction. Il témoigne qu'il devait tuer la victime (et d'autres personnes comme elle) à cause de la menace qu'elle représentait pour le monde et pour sa propre sécurité personnelle. Cependant, si on conclut que ce dernier savait que ses actes étaient moralement répréhensibles, son moyen de défense sera rejeté. Or, selon le raisonnement du juge en chef Lamer, ce témoignage ne devrait pas être pris en considération au cours des procédures visant à déterminer s'il s'agit d'un délinquant dangereux parce que l'accusé l'a fait dans le but de bénéficier d'une déclaration qu'il était aliéné au moment de l'infraction. J'estime qu'il serait contraire à nos principes de justice fondamentale que l'accusé puisse, au cours de l'instance, témoigner au sujet de son besoin compulsif de commettre un homicide, mais que ce même témoignage ne puisse être pris en considération au moment de lui infliger une peine. Je ne vois aucune différence entre ce témoignage et tout autre que l'accusé pourrait faire dans l'espoir d'échapper à un verdict de culpabilité, mais qui pourrait servir à déterminer la peine appropriée. De même, je conclus qu'il serait contraire à nos principes de justice fondamentale de faire abstraction d'une preuve psychiatrique qui a

dangerousness at the sentencing stage would be an affront to our principles of fundamental justice.

The final point to be drawn from *Hebert* is that s. 7 establishes a contextual balance between individual and state interests. McLachlin J. states, at pp. 179-80:

Section 7 and the more specific procedural guarantees which follow it are generally concerned with the proper balance between the respective rights of the individual and the state in judicial proceedings where the accused's life, liberty or security of person is at stake. It guarantees the individual's life, liberty and security of person. But it recognizes that these rights are not absolute. In certain circumstances, the state may properly deprive a person of these interests. But it must do so in conformity with the principles of fundamental justice.

. . .

The *Charter* through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical.

This contextual approach is in conformity with our general approach to *Charter* interpretation. As Cory J. stated in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 226:

It is now clear that the *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. Context is relevant both with respect to the delineation of the meaning and scope of *Charter* rights, as well as to the determination of the balance to be struck between individual rights and the interests of society.

The fulcrum in the state-individual balancing is different in the context of sentencing proceedings

été légalement recueillie en vertu de l'al. 537(1)b) du *Code* et qui est pertinente aux fins d'apprécier la dangerosité du délinquant, au stade de la détermination de la peine.

a

La dernière conclusion à tirer de l'arrêt *Hebert* veut que l'art. 7 établisse un équilibre contextuel entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. Le juge McLachlin affirme, aux pp. 179 et 180:

L'article 7 et les garanties procédurales plus spécifiques qui suivent visent généralement le juste équilibre entre les droits respectifs de l'individu et de l'État dans les procédures judiciaires où la vie, la liberté ou la sécurité de l'accusé est compromise. L'article 7 garantit le droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Mais il reconnaît que ces droits ne sont pas absolus. Dans certaines circonstances, l'État peut à juste titre priver une personne de ces droits. Mais cela doit se faire en conformité avec les principes de justice fondamentale.

d

. . .

Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial.

g

Cette approche contextuelle est conforme à notre façon générale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 226:

Il est désormais clair que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la *Charte* et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société.

j

L'équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu s'établit différemment selon qu'il s'agit

such as those under the dangerous offender provisions than in pre-trial or trial contexts.

I repeat that once the party reaches the dangerous offender proceeding, he has already been found guilty of the offence. Where there is a serious risk that the offender will re-offend, Parliament has seen fit to provide for an indeterminate sentence for offenders who pose a danger to the public. Section 753 seeks to protect society against offenders who constitute "a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons". As La Forest J. noted at pp. 328-29 of *Lyons*:

It must be remembered that the appellant was not picked up off the street because of his past criminality (for which he has already been punished), or because of fears or suspicions about his criminal proclivities, and then subjected to a procedure in order to determine whether society would be better off if he were incarcerated indefinitely. Rather he was arrested and prosecuted for a very serious violent crime and subjected to a procedure aimed at determining the appropriate penalty that should be inflicted upon him in the circumstances.

. . .

It is thus important to recognize the precise nature of the penological objectives embodied in Part XXI. It is clear that the indeterminate detention is intended to serve both punitive and preventive purposes. Both are legitimate aims of the criminal sanction. Indeed, when society incarcerates a robber for, say, ten years, it is clear that its goal is both to punish the person and prevent the recurrence of such conduct during that period. Preventive detention in the context of Part XXI, however, simply represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased.

As with all sentencing, both the public interest in safety and the general sentencing interest of developing the most appropriate penalty for the particular offender dictate the greatest possible range of

de procédures de détermination de la peine comme celles prévues dans les dispositions relatives aux délinquants dangereux, ou qu'on en est rendu à une étape préalable au procès ou au procès lui-même.

Je répète que la partie qui en est rendue aux procédures visant à déterminer si elle est un délinquant dangereux a déjà été reconnue coupable de l'infraction. Dans les cas où il existe un risque sérieux de récidive, le Parlement a jugé bon de prévoir une peine de durée indéterminée pour les délinquants qui présentent un danger pour le public. L'article 753 vise à protéger la société contre les délinquants qui constituent «un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit». Comme le fait remarquer le juge La Forest, aux pp. 328 et 329 de l'arrêt *Lyons*:

Il faut se rappeler que l'appellant n'a pas été appréhendé à cause de ses actes criminels antérieurs (pour lesquels il a déjà été puni) ni à cause de craintes ou de soupçons quant à sa propension au crime, pour être ensuite soumis à une procédure visant à déterminer s'il valait mieux pour la société qu'il soit incarcéré indéfiniment. Il a plutôt été arrêté et poursuivi pour un crime violent très grave et soumis à une procédure destinée à déterminer la peine qu'il convenait de lui infliger dans les circonstances.

. . .

D'où l'importance de reconnaître la nature précise des objectifs pénologiques de la partie XXI. Il est clair que la détention pour une période indéterminée répond à des fins à la fois punitives et préventives. L'une et l'autre constituent des buts légitimes de la sanction pénale. De fait, lorsque la société incarcère un voleur pendant dix ans, par exemple, il est évident que le but visé est double: punir l'auteur du crime et empêcher la récidive pendant cette période. Toutefois, la détention préventive dans le contexte de la partie XXI représente simplement un jugement que l'importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtimement peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s'accroître proportionnellement.

Comme c'est toujours le cas en matière de détermination de la peine, l'intérêt public en matière de sécurité ainsi que l'intérêt général à ce que soit fixée la peine la plus appropriée pour le délinquant

information on which to make an accurate evaluation of the danger posed by the offender.

In the case of dangerous offender proceedings, it is all the more important that the court be given access to the widest possible range of information in order to determine whether there is a serious risk to public safety. If there is, the dangerous offender sentencing allows the justice system to more precisely tailor the actual time served by the offender to the threat that he poses to society. The overriding aim is not the punishment of the offender but the prevention of future violence through the imposition of an indeterminate sentence. An indeterminate sentence is not an unlimited sentence. If, in the case at hand, the psychiatrists testifying on behalf of the accused are correct in their assessment that Mr. Jones will be fit to be released in ten years, then he will be liberated at that time. The offender faces incarceration only for the period of time that he poses a serious risk to the safety of society. In the interim, it is hoped that he will receive treatment that will assist him in controlling his conduct. To release a dangerous offender while he remains unable to control his actions serves neither the interests of the offender nor those of society.

The concern for societal interests is neither new nor is it limited to the dangerous offender proceedings. It has always been present in our general sentencing system. The 1969 Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*, offered, at p. 15, three means by which the criminal justice process protects society:

The criminal justice process can operate to protect society only by way of:

- (a) the deterrent effect, both general and particular, of criminal prohibitions and sanctions;

en question exigent que l'on dispose de la plus grande gamme possible de renseignements pour faire une évaluation exacte du danger que présente le délinquant.

Dans le cas de procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux, il est d'autant plus important que la cour ait accès à la plus grande gamme possible de renseignements afin de déterminer s'il existe un risque sérieux pour la sécurité publique. Dans l'affirmative, le processus de détermination de la peine à infliger à un délinquant dangereux permet au système de justice de fixer plus exactement la peine que devra effectivement purger le délinquant en fonction de la menace qu'il représente pour la société. L'objet prépondérant est non pas de punir le délinquant, mais de prévenir l'accomplissement de futurs actes de violence par l'imposition d'une peine de durée indéterminée. La peine de durée indéterminée n'est pas illimitée. Si, en l'espèce, les psychiatres témoignant pour le compte de l'accusé ont raison de conclure que M. Jones sera apte à retrouver sa liberté dans dix ans, alors il sera libéré à ce moment-là. Le délinquant ne sera incarcéré que pendant le temps où il présente un risque sérieux pour la sécurité de la société. En attendant, on souhaite qu'il reçoive un traitement qui l'aidera à maîtriser sa conduite. Mettre en liberté un délinquant dangereux alors qu'il demeure incapable de se maîtriser n'est dans l'intérêt ni du délinquant ni de la société.

La préoccupation relative aux intérêts de la société n'est ni nouvelle ni limitée aux procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Elle a toujours existé dans notre système général de détermination de la peine. Le rapport déposé en 1969 par le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, intitulé *Justice pénale et correction: un lien à forger*, énonce, à la p. 15, trois moyens auxquels le processus de justice criminelle peut recourir pour protéger la société:

Le processus de la justice criminelle ne peut protéger la société qu'au moyen

- a) de l'effet de dissuasion, tant général que particulier, des interdictions et sanctions décrétées par le droit criminel;

- (b) correctional measures designed to achieve the social rehabilitation of the individual;
- (c) control over the offender in varying degrees, including the segregation of the dangerous offender until such time when he can be safely released or, where safe release is impossible, for life. [Emphasis added.]^a

- b) des mesures de correction conçues pour assurer la réinsertion sociale du délinquant;
- c) du contrôle plus ou moins sévère qu'il exerce sur le délinquant, y compris la ségrégation d'un délinquant dangereux jusqu'au moment où il peut être libéré sans danger ou, lorsqu'il est impossible de le libérer sans danger, la ségrégation à vie. [Je souligne.]

The need to consider societal interests at the sentencing stage was highlighted by the Law Reform Commission of Canada at p. 3 of Working Paper 3, *The Principles of Sentencing and Dispositions* (1974), as follows:

Thus, there are two bases upon which to justify an initial intervention by criminal law and sentencing: the common good and the sense of justice which demands that a specific wrong be righted. In other words, state intervention to deprive offenders of their property or freedom may be justified on a theory of justice according to which the wrong done ought to be righted. It would seem, however, that as a preliminary justification, it should be shown that state intervention would serve the common good; otherwise it could be said that men should be subject to sanctions, even though such sanctions appear useless.

In its Report entitled *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), the Canadian Sentencing Commission described, at p. 151, the fundamental purpose of sentencing in this way:

It is recognized and declared that in a free and democratic society peace and security can only be enjoyed through the due application of the principles of fundamental justice. In furtherance of the overall purpose of the criminal law of maintaining a just, peaceful and safe society, the fundamental purpose of sentencing is to preserve the authority of and promote respect for the law through the imposition of just sanctions.

The sentencing stage places a stronger emphasis on societal interests and more narrowly defines the procedural protection accorded to the offender. If the sentencing judge is to obtain the accurate assessment of the offender that is necessary to develop an appropriate sentence, he will have to have at his disposal the broadest possible range of information.

- b La nécessité de tenir compte des intérêts de la société au stade de la détermination de la peine a été soulignée par la Commission de réforme du droit du Canada, à la p. 3 de son document de travail n° 3 intitulé *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence* (1974):

Ainsi, il existe deux raisons qui justifient une première intervention du droit pénal et du sentencing: le bien commun et le sens de la justice, lequel exige le redressement d'un tort. En d'autres termes, l'intervention étatique destinée à priver le délinquant de son bien ou de sa liberté peut tirer sa justification de la théorie selon laquelle le préjudice causé doit être réparé. Toutefois, il semble qu'à titre de justification préliminaire, il faudrait démontrer que l'intervention étatique servirait le bien commun, autrement on pourrait dire que l'individu devrait se voir imposer une sanction, même si celle-ci semble n'avoir aucune utilité.

À la page 166 de son rapport intitulé *Réformer la sentence: une approche canadienne* (1987), la Commission canadienne sur la détermination de la peine décrit ainsi l'objet fondamental de la détermination de la peine:

Il est reconnu et établi qu'une société libre et démocratique ne peut jouir de la paix et de la sécurité que par l'application des principes de justice fondamentale. Conformément au but général du droit pénal qui est de préserver une société juste, pacifique et sûre, le but essentiel de la sentence consiste à préserver l'autorité de la loi et à en promouvoir le respect par l'imposition de sanctions justes.

À l'étape de la détermination de la peine, l'accent est mis davantage sur les intérêts de la société et la protection procédurale accordée au délinquant est définie plus restrictivement. Pour pouvoir faire l'évaluation exacte du délinquant qui est nécessaire pour fixer une peine appropriée, le juge chargé de déterminer la peine doit disposer de la plus grande gamme possible de renseignements.

To deny the court access to the earlier findings of the psychiatrists may hinder the effective determination of the true risk posed by the offender. While it is true that under s. 756 the court may remand the offender for observation for the purposes of gathering evidence on his dangerous offender status, the offender may attempt to hide elements of his character or, indeed, refuse to answer the psychiatrists' questions. As a result, there is a real danger that evidence from the pre-trial psychiatric evaluation which is excluded may not surface in the post-trial phase. This creates the considerable risk that a dangerous offender will not be so labelled in spite of the fact that there was clear psychiatric evidence at the pre-trial stage that the offender was a serious danger to society. While such an exclusion may be acceptable while the guilt of the accused is in question, it cannot be justified after his guilt has been established. To exclude clear psychiatric evidence of the dangerousness of the accused would be to ask other young girls in society to bear the risk that this information might not emerge in the post-trial psychiatric evaluation. The release of Scott Jones while he continues to pose a clear threat to their security is not a risk that they should be forced to bear.

That is not to say that no protection is afforded to the offender at the sentencing stage. As Lamer C.J. points out, this Court held in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, that the Crown must prove disputed facts beyond a reasonable doubt during the sentencing hearing. However, in determining what facts are admissible at the sentencing stage, *Gardiner* reaffirmed the widely accepted principle that judges should have access to the fullest possible information concerning the background of the accused. As Dickson J. stated, at p. 414:

En refusant à la cour la possibilité de prendre connaissance des constatations antérieures des psychiatres, on pourrait entraver la détermination efficace du véritable risque que présente le délinquant. Même s'il est vrai qu'aux termes de l'art. 756 la cour peut renvoyer le délinquant pour observation aux fins de recueillir des éléments de preuve sur son statut de délinquant dangereux, le délinquant peut tenter de dissimuler certains aspects de son caractère, voire même refuser de répondre aux questions des psychiatres. Par conséquent, il y a vraiment un danger que la preuve écartée, qui émane de l'évaluation psychiatrique préalable au procès, ne se manifeste pas postérieurement au procès. Cela crée un risque important qu'un délinquant ne soit pas qualifié de dangereux malgré l'existence, au stade préalable au procès, d'une preuve psychiatrique claire qu'il constitue un danger sérieux pour la société. Bien qu'une telle exclusion puisse être acceptable au moment où la culpabilité de l'accusé n'est pas encore établie, elle ne saurait se justifier par la suite. Écarter une preuve psychiatrique claire de la dangerosité de l'accusé reviendrait à demander à d'autres jeunes filles, dans la collectivité, d'assumer le risque que ces renseignements n'apparaissent pas lors de l'évaluation psychiatrique postérieure au procès. La mise en liberté de Scott Jones, pendant qu'il continue de représenter une menace manifeste pour leur sécurité, n'est pas un risque qu'elles devraient être forcées d'assumer.

g

Cela ne veut pas dire qu'aucune protection n'est accordée au délinquant à l'étape de la détermination de la peine. Comme le fait remarquer le juge en chef Lamer, notre Cour a statué dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable les faits contestés, lors de l'audience tenue pour déterminer la peine à imposer. Toutefois, en déterminant quels faits sont admissibles au stade de la détermination de la peine, la Cour a confirmé de nouveau, dans l'arrêt *Gardiner*, le principe généralement reçu selon lequel les juges devraient avoir accès aux renseignements les plus complets possibles concernant les antécédents de l'accusé. Comme l'affirme le juge Dickson, à la p. 414:

j

It is a commonplace that the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and technicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail. The hearsay rule does not govern the sentencing hearing. Hearsay evidence may be accepted where found to be credible and trustworthy. The judge traditionally has had wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base his sentence. He must have the fullest possible information concerning the background of the accused if he is to fit the sentence to the offender rather than to the crime. [Emphasis added.]

Where there is psychiatric evidence legally obtained pursuant to an order under s. 537(1)(b) relevant to assessing the extent of his dangerousness, this evidence should be admitted at the sentencing stage. Section 7 protection does not disappear on sentencing. Nonetheless, it does not extend to a denial of critical evaluative evidence from psychiatrists legally gained at the pre-trial evaluation that may show whether the offender could qualify as a dangerous offender. Once in the sentencing realm, the needs of society must be given greater weight. This may not appear ideal from the perspective of the offender. However, as Lamer C.J. noted in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142: "... the Constitution does not always guarantee the 'ideal'". Nor, as La Forest J. pointed out in *Lyons*, at p. 362, does s. 7 entitle the accused to "the most favourable procedures that could possibly be imagined".

B. Section 10(b)

Before the Court of Appeal, counsel for the appellant raised the additional argument that the appellant's s. 10(b) rights were violated in two ways during the psychiatric examinations. First, the warning given to the accused by the doctors failed to outline the true extent of his jeopardy given the possibility that his statements might be used in dangerous offender proceedings brought

Tout le monde sait que les règles strictes qui régissent le procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence et il n'est pas souhaitable d'imposer la rigueur et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires. La règle interdisant le ouï-dire ne s'applique pas aux audiences relatives aux sentences. On peut recevoir des éléments de preuve par ouï-dire s'ils sont crédibles et fiables. Jusqu'ici, le juge a joui d'une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles il peut fonder sa sentence. Il doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l'accusé pour déterminer la sentence en fonction de l'accusé plutôt qu'en fonction de l'infraction. [Je souligne.]

Lorsqu'on dispose d'une preuve psychiatrique qui a été légalement obtenue en exécution d'une ordonnance fondée sur l'al. 537(1)b) et qui est pertinente pour apprécier la dangerosité du délinquant, cette preuve devrait être admise à l'étape de la détermination de la peine. La protection offerte par l'art. 7 ne disparaît pas lors de cette détermination. Cependant, elle ne va pas jusqu'à permettre que soit écartée une preuve cruciale que des psychiatres ont légalement obtenue lors de l'évaluation préalable au procès et qui peut montrer si le délinquant pourrait être considéré comme dangereux. Du moment qu'il s'agit de déterminer la peine à imposer, une importance accrue doit être accordée aux besoins de la société. Ceci peut ne pas paraître idéal du point de vue du délinquant. Le juge en chef Lamer a toutefois fait remarquer dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, que: «... la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». De même, comme le souligne le juge La Forest à la p. 362 de l'arrêt *Lyons*, précité, l'art. 7 ne donne pas à l'accusé le droit de bénéficier des «procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer».

B. L'alinéa 10b)

Devant la Cour d'appel, l'avocat de l'appelant a avancé l'argument supplémentaire voulant que les droits que l'al. 10b) garantissait à son client aient été violés de deux façons au cours des examens psychiatriques. En premier lieu, la mise en garde que lui avaient faite les médecins ne précisait pas la portée véritable du risque auquel il était exposé, compte tenu de la possibilité que ses déclarations

against him. Second, he argues that the accused should have been given a second opportunity to exercise his right to counsel once it appeared that the focus of the examination was shifting to determining whether or not he was dangerous.

On the first point, the appellant relies on this Court's decision in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383. In *Clarkson*, an accused made an incriminating statement while she was in a highly intoxicated and emotional state and before having consulted with counsel. The principle in that case is simply not applicable to the facts of the case at hand. Mr. Jones was warned that anything said during the psychiatric examination could be used against him in court. On the advice of counsel, he freely consented to the questioning. As Dr. Lohrasbe noted in his report: "Mr. Jones has an accurate knowledge of the charges against him, of the pleas available and of their possible consequences. He is aware of various aspects of the legal process, including the roles of the people in court. He is fully able to communicate with his Counsel".

The dangerous offender proceedings are sentencing provisions. It is the duty of counsel to make an accused aware of the possible sentence he will be facing as a result of being found guilty of a particular crime. Given the past record of the appellant, counsel should have been aware that dangerous offender proceedings would likely be pursued by the Crown. Given our characterization of dangerous offender proceedings as part of the sentencing process in *Lyons*, the Crown is not under an obligation to notify the accused of the intention to bring such proceedings prior to their plea being entered. If the Crown is not required to give notice of such proceedings in advance of the trial, I have difficulty seeing why the doctors should have been expected to warn the accused about possible dangerous offender proceedings. It was sufficient that they made him aware of the

soient utilisées dans le cadre de procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux. En deuxième lieu, l'avocat fait valoir qu'il aurait fallu accorder à l'appelant une seconde possibilité d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'il est apparu que l'examen était réorienté de manière à déterminer si l'appelant était dangereux.

Quant au premier point, l'appelant s'appuie sur l'arrêt de notre Cour *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. Dans l'affaire *Clarkson*, l'accusée avait fait une déclaration incriminante alors qu'elle était très ivre et perturbée, et avant d'avoir consulté un avocat. Le principe énoncé dans cet arrêt n'est tout simplement pas applicable aux faits de la présente affaire. Monsieur Jones a été averti que tout ce qu'il dirait pendant l'examen psychiatrique pourrait être utilisé en cour contre lui. Sur le conseil de son avocat, il a consenti librement à l'interrogatoire. Comme le souligne le Dr Lohrasbe dans son rapport: [TRADUCTION] «Monsieur Jones connaît exactement les accusations portées contre lui, les plaidoyers possibles et leurs conséquences éventuelles. Il est au courant de différents aspects du processus judiciaire et comprend notamment le rôle des gens qui sont présents en cour. Il est parfaitement en mesure de communiquer avec son avocat».

Les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux s'insèrent dans le processus de détermination de la peine. Il est du devoir de l'avocat d'informer l'accusé de la peine à laquelle il sera exposé s'il est déclaré coupable d'avoir commis un crime donné. Compte tenu des antécédents de l'appelant, l'avocat aurait dû savoir que le ministère public engagerait vraisemblablement des procédures visant à déterminer si l'appelant était un délinquant dangereux. Puisque, dans l'arrêt *Lyons*, nous avons dit que les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux font partie du processus de détermination de la peine, il n'incombe nullement au ministère public de signifier à l'accusé, avant qu'il n'inscrive son plaidoyer, son intention d'engager de telles procédures. Si le ministère public n'est pas tenu avant le procès de donner avis du recours à ces procédures,

general availability of his statements to the court. As the Court of Appeal stated, at p. 342:

Here, the appellant knew that he was faced with serious charges. He was represented by counsel who had agreed to his being interviewed by the doctors. In my opinion, there was no obligation on the doctors to inform him of a sentencing option which had yet to be made, not by them, but by the Attorney-General.

This is not a case like *Estelle v. Smith, supra*, where counsel for the accused was unaware that tests were being conducted. Here, the accused requested the tests and was made aware that his statements could be used against him. Given that the dangerous offender proceedings are part of the post-guilt sentencing process, this general warning was sufficient.

The appellant further argues that he was entitled to a separate consultation with counsel after "Dr. Lohrasbe's decision to assess the Appellant's future dangerousness changed the Appellant's jeopardy from being exposed to a maximum 14 year sentence to being exposed to an indeterminate sentence" (appellant's factum, at p. 24). He cites *R. v. Black, supra*, in support of the proposition that the accused must be advised of a right to counsel a second time when circumstances give rise to a different and unrelated offence or a significantly more serious offence.

Two difficulties emerge with this position. First, the trial judge made a factual finding that the focus of the testing did not shift as a result of Dr. Lohrasbe's fears about the dangerousness of the accused. One must not lose sight of the fact that it is not the role of psychiatrists to determine whether an accused is a dangerous offender, is fit

je vois mal pourquoi il aurait fallu s'attendre à ce que les médecins avertissent l'accusé de la possibilité que soient engagées des procédures visant à déterminer s'il était un délinquant dangereux. Il suffisait qu'ils l'informent de la possibilité générale que la cour puisse se servir de ses déclarations. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, à la p. 342:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'appelant savait que de graves accusations pesaient sur lui. Il était représenté par un avocat qui avait accepté qu'il soit interrogé par les médecins. À mon avis, ces derniers n'avaient aucune obligation de le mettre au courant d'un choix en matière de détermination de la peine qui était encore à faire, non pas par eux, mais par le procureur général.

Il ne s'agit pas d'un cas analogue à l'affaire *Estelle c. Smith*, précitée, où l'avocat de l'accusé ignorait qu'on lui faisait subir des tests. Ici, l'accusé a demandé à subir les tests et il a été informé que ses déclarations pourraient être utilisées contre lui. Étant donné que les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux s'inscrivent dans le processus de détermination de la peine qui suit le verdict de culpabilité, cette mise en garde générale était suffisante.

L'appelant fait valoir en outre qu'il avait le droit de consulter de nouveau son avocat après que [TRADUCTION] «la décision du Dr Lohrasbe d'apprécier la dangerosité future de l'appelant [eut] changé le risque auquel il était exposé, en ce sens qu'il devenait passible d'une peine de durée indéterminée plutôt que d'une peine maximale de 14 ans de prison» (mémoire de l'appelant, à la p. 24). Il cite l'arrêt *R. c. Black*, précité, à l'appui de la proposition selon laquelle l'accusé doit être informé une seconde fois de son droit à l'assistance d'un avocat lorsque les circonstances donnent lieu à une infraction différente qui n'a rien à voir avec l'autre ou d'une infraction beaucoup plus grave.

Cette position présente deux difficultés. D'abord, le juge du procès a constaté que l'orientation des tests n'avait pas changé par suite des craintes du Dr Lohrasbe que l'accusé ne soit dangereux. Il ne faut pas oublier qu'il n'appartient pas aux psychiatres de déterminer si un accusé est un délinquant dangereux, s'il est apte à subir son pro-

to stand trial or was mentally ill at the time of the offence. This is the role of our court system. As Ewaschuk J. noted in *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306, at pp. 310-11:

I accept the submission that the evidence of a psychiatrist, psychologist or criminologist is at times highly speculative and in certain instances a lay person is in as good a position to make a prediction as to future dangerousness. In the final say, the court, however, must be so satisfied and not the expert witnesses. That is not to say that experts may not assist the court, especially as to whether the offender currently suffers from a psychological disorder, e.g., psychopathy, which may be relevant to the likelihood of future dangerous conduct.

The psychiatrist's role is limited to making observations on the mental health of the accused. Such observations may be useful at a number of stages in the legal process. The fact that the observations made under the initial order to determine the accused's mental health were also useful in assessing his dangerousness should hardly be surprising. However, no separate or different analysis was conducted by the psychiatrists in an attempt to get greater insight into the dangerousness of the accused.

The second difficulty with the position of the appellant is his use of the *Black* decision. In that case, Wilson J. held that an accused must be given a right to consult counsel a second time when charged with a significantly different or more serious offence. There is quite simply no analogy to be drawn with the case at hand. The accused was not charged with a different offence nor was he charged with a more serious offence. As we held in *Lyons*, the dangerous offender proceedings do not constitute a new offence. Since there was no additional duty to warn of the possibility of dangerous offender proceedings being instituted or of the possible use of evidence obtained during the examination, I would find that the appellant's s. 10(b) rights were not violated.

cès ou s'il était atteint d'une maladie mentale au moment de l'infraction. Cela est le propre des tribunaux. Comme l'a dit le juge Ewaschuk dans *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306, aux pp. 310 et 311:

[TRADUCTION] J'accepte l'argument selon lequel le témoignage d'un psychiatre, d'un psychologue ou d'un criminologue présente parfois un caractère hautement spéculatif, et, dans certains cas, un profane serait tout aussi bien placé pour prédire la dangerosité future. En dernière analyse, toutefois, c'est le tribunal et non pas les témoins experts qui doit en être convaincu. Mais cela ne veut pas dire que des experts ne peuvent pas aider le tribunal, surtout sur la question de savoir si le délinquant souffre actuellement de troubles psychiques, comme par exemple la psychopathie, qui peuvent indiquer la probabilité d'une conduite dangereuse future.

d Le rôle du psychiatre se limite à faire des observations relatives à la santé mentale de l'accusé, lesquelles pourront se révéler utiles à plusieurs étapes du processus judiciaire. Il n'est guère étonnant que les observations faites à la suite de l'ordonnance initiale enjoignant de déterminer la santé mentale de l'accusé se soient révélées également utiles pour apprécier sa dangerosité. Les psychiatres n'ont toutefois pas entrepris une analyse distincte ou différente afin d'obtenir des renseignements plus complets sur la dangerosité de l'accusé.

La seconde difficulté que présente la position de l'appelant tient à son recours à l'arrêt *Black*, dans lequel le juge Wilson a dit qu'il faut accorder, une seconde fois, le droit de consulter un avocat à l'accusé qui se voit inculpé d'une infraction sensiblement différente ou plus grave. Cet arrêt ne présente tout simplement aucune analogie avec la présente affaire. L'accusé n'a pas été inculpé d'une infraction différente ni d'une infraction plus grave. Comme en a décidé la Cour dans l'arrêt *Lyons*, les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux ne constituent pas une nouvelle infraction. Vu l'absence d'une obligation supplémentaire d'avertir de la possibilité que ces procédures soient engagées ou que la preuve recueillie au cours de l'examen y soit utilisée, je conclus qu'il n'y a pas eu de violation des droits que l'al. 10b) garantissait à l'appelant.

Given that I have found no breach of s. 7 or 10(b) of the *Charter*, it is not necessary for me to deal with either s. 1 or s. 24(2). Nonetheless, I would like to take this opportunity to speak briefly to the question of s. 24(2).

Lamer C.J. argues that the pre-trial psychiatric evidence is not saved by s. 24(2) given that the admission of this evidence would render the trial process unfair. As I indicated earlier, I respectfully disagree with Lamer C.J.'s characterization of the dangerous offender proceedings as akin to a new trial to establish guilt with respect to a second offence. Were this the case, our jurisprudence in *Black, supra*, might be useful. However, the sentencing process begins only after the trial has been completed and guilt has been proven. To exclude psychiatric evidence obtained in the pre-trial evaluation tending to show dangerousness would deny the court access to important evidence it can use to most accurately tailor the sentence while its admission can assist the court in reaching the most appropriate sentence having regard to the interests both of the offender and of society.

C. Section 537(1)(b) of the Code

The final question to be answered is whether the pre-trial investigation conducted by the psychiatrists fell within the parameters of the one permitted by s. 537(1)(b) of the *Criminal Code*. Section 537(1)(b) authorizes the remanding of the accused into custody for observation where there is reason to believe he may be mentally ill. As I have indicated, the doctors at the Forensic Psychiatric Institute conducted tests in order to determine whether Scott Jones was mentally ill. The observations emerging from these tests may be useful in assessing his mental state at the time of the offence, fitness at the time of trial and proclivity to commit offences in the future. It is not possible to theoretically limit observations to one particular purpose. Given that the examinations of Scott Jones were designed to provide an assessment of his mental

Étant donné ma conclusion à l'inexistence d'une violation de l'art. 7 ou de l'al. 10b) de la *Charte*, je n'ai pas à traiter de l'article premier ou du par. 24(2). J'aimerais néanmoins aborder brièvement la question du par. 24(2).

Le juge en chef Lamer affirme que le par. 24(2) ne rend pas recevable la preuve psychiatrique obtenue préalablement au procès, étant donné que l'utilisation de cette preuve rendrait le procès inéquitable. Comme je l'ai indiqué précédemment, je ne puis en toute déférence souscrire à l'avis du juge en chef Lamer pour qui les procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux s'apparentent à un nouveau procès destiné à établir la culpabilité relative à une seconde infraction. S'il en était ainsi, notre arrêt *Black*, précité, pourrait être utile. Cependant, le processus de détermination de la peine ne commence qu'après que le procès est terminé et que la culpabilité a été établie. Exclure la preuve psychiatrique qui a été obtenue au cours de l'évaluation préalable au procès et qui tend à établir la dangerosité reviendrait à refuser au tribunal l'accès à une preuve importante dont il pourrait se servir pour fixer la peine la mieux adaptée possible, alors que sa réception pourrait aider le tribunal à fixer la peine la plus appropriée, eu égard aux intérêts tant du délinquant que de la société.

C. L'alinéa 537(1)b) du Code

Reste à trancher la question de savoir si l'enquête préalable au procès menée par les psychiatres était de celles qu'autorise l'al. 537(1)b) du *Code criminel*. Aux termes de l'al. 537(1)b), l'accusé peut être renvoyé sous garde pour observation lorsqu'il y a des motifs de croire qu'il peut être atteint d'une maladie mentale. Comme je l'ai déjà indiqué, les médecins du Forensic Psychiatric Institute ont fait subir des tests à Scott Jones afin de déterminer s'il était atteint d'une telle maladie. Les observations qui ressortent de ces tests peuvent être utiles pour évaluer son état mental lors de la perpétration de l'infraction, son aptitude à subir son procès et sa propension à commettre des infractions à l'avenir. Il est impossible de limiter théoriquement à une fin donnée l'utilisation d'observations. Comme les examens qu'a subis Scott

health, they fell within the parameters of the s. 537(1)(b) order made by the trial judge. The evidence so obtained is covered by s. 755 and must be heard by the court on the dangerous offender application if, in the opinion of the court, it is relevant. For the reasons I have given, it is admissible under the *Charter* and there is no basis for reading down s. 755 as Lamer C.J. would do.

V. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and SOPINKA, CORY and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Richard P. Anderson and G. D. McKinnon, Vancouver.

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

Jones visaient à évaluer sa santé mentale, ils relevaient de l'ordonnance que le juge du procès a rendue en vertu de l'al. 537(1)b). L'article 755 s'applique à la preuve ainsi obtenue, laquelle doit être présentée à la cour saisie de la demande d'attribution du statut de délinquant dangereux si elle la tient pour pertinente. Pour les motifs que j'ai exposés, cette preuve est recevable en vertu de la *Charte* et il n'y a aucune raison de donner à l'art. 755 l'interprétation atténuée que lui donnerait le juge en chef Lamer.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA, CORY et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Richard P. Anderson et G. D. McKinnon, Vancouver.

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

George Henry Howard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
United Indian Councils and the Ontario
Federation of Anglers and
Hunters** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. HOWARD

File No.: 22999.

1994: February 22; 1994: May 12.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier,
Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO*Indians — Fishing rights — Treaty — Whether 1923
treaty extinguished Hiawatha Band's fishing rights on
Otonabee River.**Indians — Validity of treaty — Treaty surrendering
fishing rights not ratified by order-in-council —
Whether treaty valid.**Courts — Appellate courts — Jurisdiction — Main
issues factual and subject of concurrent findings in
courts below — Findings of courts below affirmed in
absence of palpable and overriding error.*

The appellant, a status Indian and a member of the Hiawatha Band whose reserve is located in Ontario, was convicted of unlawfully fishing during a prohibited period. The trial judge concluded that the treaty signed by the representatives of the Band in 1923 had extinguished the fishing rights held by the Band in the Otonabee River area where the offence occurred. Both the summary convictions appeal court and the Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed.**George Henry Howard** *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada, United
Indian Councils et Ontario Federation of
Anglers and Hunters** *Intervenants*^c

RÉPERTORIÉ: R. c. HOWARD

N° du greffe: 22999.

^d 1994: 22 février; 1994: 12 mai.Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO*Indiens — Droits de pêche — Traité — Le traité de
1923 a-t-il éteint les droits de pêche de la bande Hiawa-
tha dans la rivière Otonabee?*^f*Indiens — Validité d'un traité — Traité cédant les
droits de pêche non ratifié par décret — Le traité est-il
valide?*^g*Tribunaux — Tribunaux d'appel — Compétence —
Principales questions portant sur des faits et ayant
donné lieu à des conclusions concordantes des juridis-
tions inférieures — Confirmation des conclusions des
juridictions inférieures en l'absence d'erreur manifeste
et dominante.*^h

L'appelant, Indien inscrit et membre de la bande Hiawatha dont la réserve est située en Ontario, a été déclaré coupable d'avoir pêché illégalement pendant une période interdite. Le juge de première instance a conclu que le traité signé par les représentants de la bande en 1923 avait éteint les droits de pêche que la bande détenait dans la rivière Otonabee où l'infraction a été commise. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires et la Cour d'appel ont confirmé la déclaration de culpabilité.

^j*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

The issues in this case are essentially factual in nature and the subject of concurrent findings in the courts below. In the absence of palpable and overriding error which affected the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not reverse the conclusions of the lower court. On a careful review of the factual record, there is no basis for overturning the result reached by the courts below. By the clear terms of the 1923 treaty, the Hiawatha Band surrendered any remaining special rights to hunt and fish in the Otonabee River area. The historical context does not provide any basis for concluding that the terms of the 1923 treaty are ambiguous or that they would not have been understood by the Hiawatha signatories.

The 1923 treaty was not invalidated by the absence of a federal order-in-council ratifying it since there was no legal or constitutional requirement of an order-in-council to ratify the treaty. Further, to the extent that the government commission negotiating the treaty went beyond its original mandate, it is clear that the Government of Canada was made aware of this fact and ratified the treaty by its subsequent conduct.

Cases Cited

Applied: *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; **referred to:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)*, [1993] 1 F.C. 501 (C.A.), leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. vi; *Gooderham and Worts, Ltd. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1947] A.C. 66.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14.
Inquiries Act, R.S.C. 1906, c. 104.
Ontario Fishery Regulations, C.R.C. 1978, c. 849, s. 5(1)(b) [rep. & sub. SOR/81-293, s. 2; rep. & sub. SOR/82-500].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 225, 55 O.A.C. 189, [1992] 2 C.N.L.R. 122, dismissing the accused's appeal from a judgment of a summary convictions appeal court rendered March 9, 1987, upholding his conviction for unlawfully fishing during a prohibited period. Appeal dismissed.

Les questions soulevées en l'espèce portent essentiellement sur des faits et ont donné lieu à des conclusions concordantes des juridictions inférieures. Si le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits, une cour d'appel ne devrait pas en infirmer les conclusions. Un examen approfondi des faits ne révèle aucun motif d'infirmer la décision des juridictions inférieures. Par les dispositions claires du traité de 1923, la bande Hiawatha a cédé tout droit spécial existant de chasse et de pêche dans la région de la rivière Otonabee. Le contexte historique n'offre aucun motif de conclure que les dispositions du traité de 1923 sont ambiguës ou qu'elles n'auraient pas été comprises par les signataires de la bande Hiawatha.

Le traité de 1923 n'a pas été invalidé par l'absence d'un décret fédéral de ratification puisqu'il n'était ni légalement ni constitutionnellement nécessaire de faire ratifier ce traité par décret. En outre, dans la mesure où la commission gouvernementale qui a négocié le traité a excédé son mandat initial, il est évident que le gouvernement du Canada le savait et qu'il a, par sa conduite ultérieure, ratifié le traité.

e Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1993] 3 R.C.S. vi; *Gooderham and Worts, Ltd. c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1947] A.C. 66.

g Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi des enquêtes, S.R.C. 1906, ch. 104.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14.
Règlement de pêche de l'Ontario, C.R.C. 1978, ch. 849, art. 5(1)b) [abr. & rempl. DORS/81-293, art. 2; abr. & rempl. DORS/82-500].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 225, 55 O.A.C. 189, [1992] 2 C.N.L.R. 122, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre la décision d'une cour d'appel en matière de poursuites sommaires, rendue le 9 mars 1987, qui avait confirmé la déclaration de culpabilité de pêche illégale pendant une période interdite. Pourvoi rejeté.

William B. Henderson and Alan D. Pratt, for the appellant.

J. T. S. McCabe, Q.C., for the respondent.

John B. Edmond, for the intervener the Attorney General of Canada.

Thomas R. Berger, Q.C., for the intervener the United Indian Councils.

Timothy S. B. Danson and Stephen Reich, for the intervener the Ontario Federation of Anglers and Hunters.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. — The appellant is a status Indian and member of the Hiawatha Band of Indians whose reserve is located on the south shore of Rice Lake in Ontario. The appellant was fishing off the reserve when he caught a few pickerel fish out of season on the Otonabee River, contrary to s. 5(1)(b) of the *Ontario Fishery Regulations*, C.R.C. 1978, c. 849 (made pursuant to the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, as amended). The appellant was convicted and fined \$100 by the Ontario Provincial Court on January 10, 1986. At trial and throughout the various appeals, the appellant has raised s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* in defence of the charge against him. Section 35(1) stipulates:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

This section provides a constitutional guarantee against legislative infringement of “existing” aboriginal or treaty rights. On October 19, 1993, the following constitutional question was stated by Lamer C.J.:

If the appellant has an existing right to fish within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, is s. 5(1)(b) of the *Ontario Fishery Regulations* inapplicable to him by virtue of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*?

William B. Henderson et Alan D. Pratt, pour l'appellant.

J. T. S. McCabe, c.r., pour l'intimée.

John B. Edmond, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Thomas R. Berger, c.r., pour l'intervenant United Indian Councils.

Timothy S. B. Danson et Stephen Reich, pour l'intervenante Ontario Federation of Anglers and Hunters.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER — L'appellant est un Indien inscrit, membre de la bande Hiawatha dont la réserve est située sur la rive sud du lac Rice en Ontario. L'appellant pêchait hors de la réserve et a pris, pendant une période de fermeture, quelques dorés dans la rivière Otonabee, en contravention de l'al. 5(1)(b) du *Règlement de pêche de l'Ontario*, C.R.C. 1978, ch. 849 (pris conformément à la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14 et mod.). Le 10 janvier 1986, la Cour provinciale de l'Ontario a déclaré l'appellant coupable et l'a condamné à une amende de 100 \$. En première instance et lors des divers appels, l'appellant a invoqué comme moyen de défense à l'accusation pesant contre lui le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont voici le texte:

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Cette disposition offre une garantie constitutionnelle contre toute atteinte législative à des droits «existants» — ancestraux ou issus de traités. Le 19 octobre 1993, le juge en chef Lamer a formulé la question constitutionnelle suivante:

Si l'appellant jouit d'un droit existant à la pêche au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'al. 5(1)(b) du *Règlement de pêche de l'Ontario* est-il inapplicable dans son cas aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

The focus of the argument before this Court and the courts below was whether the appellant has an existing right to fish in the area in question. The parties agreed that a treaty entered into on November 5, 1818 (Treaty No. 20) did not extinguish the fishing rights of the Hiawatha Band on the Otonabee River. The point of controversy between the parties and the central issue which we must resolve is as to the effect of a treaty signed on November 15, 1923 ("1923 Treaty").

Judge Batten, in the Ontario Provincial Court, described the background leading to the 1923 Treaty in the following terms:

It appears from the evidence that a government commission had been set up to examine the allegations that native people still had hunting rights to lands lying north of the 45th parallel, referred to as the northern lands. In the course of its work, the commission visited the various bands of natives, including those at Hiawatha, and listened to representations from members of same concerning this issue. The proceedings were recorded and . . . make for fascinating reading in many aspects. It soon was apparent that members of the band and their forbears had in fact hunted in areas other than that which was the subject matter of the commissions [*sic*] work. Time and time again, despite the attempts of the commissioners to restrict the evidence to the northern lands, there was evidence given as to the use of other lands, which were heretofore thought to be covered by pre-existing treaties. In particular, one Johnson Paudash, a First World War veteran, and a civil servant with the federal government, pointed out with the assistance of maps and other documents, that the description of land in an earlier treaty was inaccurate. The net result of all of this was that the Treaty of 1923 was in due course prepared and signed by seven representatives of the Hiawatha Band at Rice Lake.

The above was based on the documentary record and usefully summarizes an important part of the extrinsic evidence concerning the 1923 Treaty.

The other extrinsic evidence before Batten Prov. Ct. J. was provided by two witnesses, Ian Victor Basil Johnson and Ralph Joseph Loucks. Ian Johnson, a claims coordinator with the Union of Ontario Indians, was qualified as an expert witness in respect of Indian treaties and testified on behalf of

Devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, le débat a porté sur l'existence d'un droit de pêche en faveur de l'appelant dans la région en question. Les parties ont reconnu que le traité conclu le 5 novembre 1818 (le Traité n° 20) n'a pas éteint les droits de pêche de la bande Hiawatha dans la rivière Otonabee. C'est la question de l'effet d'un traité signé le 15 novembre 1923 («Traité de 1923») qui fait l'objet du présent litige et qui est au cœur du présent pourvoi.

Le juge Batten de la Cour provinciale de l'Ontario a décrit le contexte dans lequel a été conclu le Traité de 1923:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'une commission gouvernementale avait été constituée pour examiner les revendications selon lesquelles les peuples autochtones avaient encore des droits de chasse sur les terres situées au nord du 45^e parallèle, appelées les terres septentrionales. Dans l'exécution de son mandat, la commission a visité diverses bandes autochtones, y compris la bande Hiawatha, et a écouté les observations de leurs membres sur cette question. Les témoignages ont été consignés par écrit et [. . .] leur lecture est fascinante à beaucoup de points de vue. On s'est vite rendu compte que les membres de la bande et leurs ancêtres avaient en fait chassé dans d'autres régions que celle visée par les travaux des commissions (*sic*). Maintes et maintes fois, bien que les commissaires aient tenté de restreindre les témoignages à la question des terres septentrionales, les témoins ont parlé de l'utilisation d'autres terres, que l'on croyait jusque-là visées par des traités préexistants. Plus particulièrement, un nommé Johnson Paudash, vétéran de la Première Guerre mondiale et fonctionnaire fédéral, a tout particulièrement fait ressortir, à l'aide de cartes et d'autres documents, que la description des terres dans un traité antérieur était inexacte. Tout cela a eu pour résultat que le Traité de 1923 a finalement été rédigé et signé par sept représentants de la bande Hiawatha au lac Rice.

Ce commentaire repose sur la preuve documentaire et résume bien une importante partie de la preuve extrinsèque relative au Traité de 1923.

Les autres éléments de preuve extrinsèques devant le juge Batten ont été présentés par deux témoins, Ian Victor Basil Johnson et Ralph Joseph Loucks. Ian Johnson, coordonnateur de revendications auprès de l'Union of Ontario Indians, a été qualifié d'expert dans le domaine des traités con-

the appellant. Ralph Loucks, a member of the Hiawatha Band born in 1913 and Chief for approximately 25 years, was called by the Crown.

Ian Johnson described the circumstances leading to the signing of the 1923 Treaty relying on his reading of the documentary record as he had no personal knowledge of the events or persons involved. He suggested that because the Indians were led to believe that the Commission was interested only in the northern lands, they may not have been aware that other lands were included in the Treaty. He also testified that some of the signatories did not understand English.

Ralph Loucks testified that he had known the seven Hiawatha signatories personally. He stated that they all could read English, that three or four of them were businessmen, that three or four were at some time also Chiefs of the Hiawatha Band and that two men, Hanlon Howard and Johnson Paudash, were "almost as smart as any lawyer regarding Indian treaties or legal paper" (C.O.A., at p. 94). Johnson Paudash, it will be noted, was the one responsible for bringing the Commission's attention to the errors regarding lands described in or thought to be governed by earlier treaties.

The 1923 Treaty consists of four general "whereas" clauses and a number of paragraphs describing the lands covered by the Treaty and the various obligations of the parties. The whereas clauses describe the general background to the Treaty related by Batten Prov. Ct. J. and quoted above. The lands covered by the Treaty are described in three paragraphs. The first paragraph essentially deals with the lands north of the 45th parallel or the northern lands. The second paragraph pertains to lands which had been brought to the attention of the commissioners by Johnson Paudash. The third paragraph is the one at the heart of this litigation. The conveying clause and third paragraph read as follows:

clus avec les Indiens et a témoigné pour le compte de l'appelant. Le ministère public a assigné Ralph Loucks, membre de la bande Hiawatha, né en 1913, qui en a été le chef pendant environ 25 ans.

Comme il n'avait aucune connaissance personnelle des événements ou des personnes en cause, Ian Johnson a décrit, à partir de sa lecture de la preuve documentaire, les circonstances qui ont abouti à la signature du Traité de 1923. À son avis, puisque les Indiens avaient été amenés à croire que la Commission ne s'intéressait qu'aux terres septentrionales, bon nombre d'entre eux ne savaient peut-être pas que d'autres terres avaient été incluses dans le Traité. Il a aussi affirmé que certains des signataires ne comprenaient pas l'anglais.

Ralph Loucks a témoigné qu'il avait personnellement connu les sept signataires de la bande Hiawatha. Il a déclaré qu'ils pouvaient tous lire l'anglais, que trois ou quatre d'entre eux étaient des hommes d'affaires, que trois ou quatre avaient à un moment donné été chef de la bande Hiawatha et que deux hommes, Hanlon Howard et Johnson Paudash, [TRADUCTION] «en savaient presque autant que n'importe quel avocat sur les traités concernant les Indiens ou les documents juridiques» (dossier, à la p. 94). Je tiens à préciser que Johnson Paudash est celui qui a porté à l'attention de la Commission les erreurs concernant les terres qui étaient décrites dans des traités antérieurs ou que l'on croyait régies par ces traités.

Le Traité de 1923 comprend quatre «considérants» ainsi qu'un certain nombre de paragraphes décrivant les terres visées par le Traité et les diverses obligations des parties. Les considérants décrivent le contexte général du Traité, relaté par le juge Batten dans l'extrait que j'ai cité. Les terres visées par le Traité sont décrites dans trois paragraphes. Le premier porte essentiellement sur les terres au nord du 45^e parallèle ou les terres septentrionales. Le deuxième a trait aux terres qui ont été portées à l'attention des commissaires par Johnson Paudash. Le troisième est celui qui fait l'objet du présent litige. Voici le libellé de la clause de cession et celui du troisième paragraphe:

NOW THEREFORE THIS TREATY WITNESSETH that the said tribe and the Indians composing the same . . . do hereby cede, release, surrender and yield up to the Government of the Dominion of Canada for His Majesty the King and His Successors forever, all their right, title, interest, claim, demand and privileges whatsoever, in, to, upon, or in respect of the lands and premises described as follows, that is to say:

. . .

AND ALSO all the right, title, interest, claim, demand and privileges whatsoever of the said Indians, in, to, upon or in respect of all other lands situate in the Province of Ontario to which they ever had, now have, or now claim to have any right, title, interest, claim, demand or privileges, except such reserves as have heretofore been set apart for them by His Majesty the King.

This paragraph has been referred to as the "basket clause" and it is relied on by the Crown as extinguishing the appellant's right to fish. The only other term of the Treaty of relevance was a clause near the end of the document which stipulated that the Treaty was subject to an "attached" agreement entered into between the province of Ontario and the Government of Canada.

The courts below have unanimously held that any rights to fish on the Otonabee River existing in 1923 were surrendered by the basket clause contained in the 1923 Treaty. At trial, Batten Prov. Ct. J. concluded:

. . . I find no credible evidence that there is a basis for interpreting the 1923 Treaty as containing any terms not found therein, or for omitting any terms that are found therein, on the grounds that the native signatories were either misled, or were not aware of the full contents thereof, nor is there any evidence that representations were made to the band that the Indians would retain any particular lands or any particular rights thereon. There was real consideration given by its terms, and monies were paid. My conclusion is that the lands where the offence is alleged to have occurred, if not ceded by the earlier treaty of 1818, were in fact ceded by the 1923 Treaty, and included in that would be any special rights as to fishing.

The appellant appealed to the District Court of Ontario. Jenkins Dist. Ct. J., however, agreed with

[TRANSDUCTION]

LE PRÉSENT TRAITÉ ATTESTE PAR CONSÉQUENT que ladite tribu et les Indiens membres de cette dernière, [. . .] cèdent, abandonnent et transportent pour toujours au gouvernement du Canada représentant Sa Majesté le Roi et ses successeurs, tous leurs droits, titres, intérêts, prétentions, demandes et privilèges relatifs aux terres et lieux décrits ci-dessous, savoir:

. . .

AINSI QUE tous les droits, titres, intérêts, prétentions, demandes et privilèges desdits Indiens relatifs à toutes les autres terres situées dans la province de l'Ontario, qu'ils ont déjà eues, ont maintenant ou prétendent avoir quelque droit, titre, intérêt, prétention, demande ou privilège, à l'exception des réserves que Sa Majesté le Roi a mises de côté jusqu'à maintenant à leur intention.

Le ministère public soutient que ce paragraphe, que l'on a appelé la «clause omnibus», éteint les droits de pêche de l'appelant. La seule autre disposition pertinente du Traité est une clause près de la fin du document dans laquelle il est stipulé que le Traité est assujéti à une entente «jointe», intervenue entre la province d'Ontario et le gouvernement du Canada.

Les tribunaux d'instance inférieure ont à l'unanimité conclu que tout droit existant de pêche dans la rivière Otonabee avait été cédé par la clause omnibus contenue dans le Traité de 1923. En première instance, le juge Batten a conclu:

[TRANSDUCTION] . . . je ne vois aucune preuve crédible qui permettrait d'interpréter le Traité de 1923 comme s'il comportait des dispositions qui n'y figurent pas ou d'omettre des dispositions qui y figurent, au motif que les signataires autochtones auraient été induits en erreur ou n'auraient pas été au courant de tout le contenu de ce traité; il n'existe pas non plus de preuve que l'on aurait laissé entendre à la bande que les Indiens conserveraient des terres ou des droits particuliers sur celles-ci. Ce traité prévoyait une véritable contrepartie, et des sommes d'argent ont été versées. Je conclus que les terres où l'infraction reprochée aurait été perpétrée ont en fait été cédées par le Traité de 1923, si elles ne l'avaient pas déjà été par le traité antérieur de 1818, et que cela incluait tout droit spécial de pêche.

L'appelant a interjeté appel devant la Cour de district de l'Ontario. Le juge Jenkins a cependant

the trial judge. Jenkins Dist. Ct. J. wrote that on the basis of reading the transcript he was unable to conclude that the Indians were misled or that there was any appearance of sharp dealings on the part of the Commission.

The Court of Appeal examined the 1923 Treaty as well as its background and came to the same conclusion as the two courts below: (1992), 8 O.R. (3d) 225, 55 O.A.C. 189, [1992] 2 C.N.L.R. 122. After reviewing the essential provisions of the Treaty, the court wrote (at pp. 227-28 O.R.):

... we are unable to give effect to the suggestion that the "basket" clause, which refers to "all other lands situate in the Province of Ontario", must be read to mean "all other lands situate in the Province of Ontario not already covered by an existing treaty", so as to exclude the surrender of fishing rights in the area covered by the 1818 treaty. We find no ambiguity in the treaty which would justify interpreting the treaty against the Crown, and we are unable to find any reasonable construction other than that, on its plain wording, the 1923 treaty extinguished the fishing rights held by the Band on the Otonabee River. [Emphasis added.]

The court also held that the signatories had sufficient knowledge and understanding of the terms of the 1923 Treaty to bind the Band and thereby refused to overturn the factual findings of the trial judge. The evidence of Ralph Loucks at trial and the testimony of Johnson Paudash before the Commission were pointed to in support of this result. The court found no evidence to rebut the inference of knowledge and understanding which it drew from a reading of the minutes of the Band in Council when the Treaty was signed (pp. 229-30 O.R.). Those minutes disclose that the Treaty was read aloud and considered by the Council before it was signed and that Johnson Paudash was the person who moved that the Band agree to the Treaty (C.O.A., at p. 168).

I am in substantial agreement with the conclusions reached by the courts below. The historical context summarized above does not provide any

souscrit à l'opinion du juge de première instance. Il a affirmé qu'il ne pouvait, à partir de la transcription, conclure que les Indiens avaient été induits en erreur ou qu'il y avait apparence de pratiques déloyales de la part de la Commission.

La Cour d'appel a examiné le Traité de 1923 et son contexte. Elle est arrivée à la même conclusion que les deux juridictions inférieures: (1992), 8 O.R. (3d) 225, 55 O.A.C. 189, [1992] 2 C.N.L.R. 122. Après avoir analysé les principales dispositions du Traité, la cour écrit (aux pp. 227 et 228 O.R.):

[TRADUCTION] ... nous ne pouvons accepter la proposition que l'expression «toutes les autres terres situées dans la province de l'Ontario» contenue dans la clause omnibus signifie «toutes les autres terres situées dans la province de l'Ontario non déjà visées par un traité existant», de façon à exclure la cession des droits de pêche dans la région visée par le traité de 1818. À notre avis, le Traité ne renferme pas d'ambiguïté justifiant de l'interpréter à l'encontre de la Couronne et nous ne pouvons trouver d'interprétation raisonnable autre que celle que le Traité de 1923 a, dans son sens manifeste, éteint les droits de pêche détenus par la bande dans la rivière Otonabee. [Je souligne.]

La cour a aussi conclu que les signataires avaient une connaissance et une compréhension suffisantes des dispositions du Traité de 1923 pour lier la bande, et elle a ainsi refusé d'infirmer les conclusions de fait du juge de première instance. À l'appui de sa décision, la cour a mentionné le témoignage de Ralph Loucks devant le juge de première instance et celui de Johnson Paudash devant la Commission. Elle n'a trouvé aucune preuve lui permettant de réfuter l'inférence de connaissance et de compréhension tirée de la lecture du compte rendu d'une réunion du conseil de bande tenue au moment de la signature du Traité (pp. 229 et 230 O.R.). D'après ce compte rendu, le Traité a été lu à haute voix et examiné par le Conseil avant d'être signé, et c'est Johnson Paudash qui a proposé que la bande adhère au Traité (dossier, à la p. 168).

Je suis en accord pour l'essentiel avec les conclusions des juridictions inférieures. Le contexte historique que j'ai résumé n'offre aucun motif de

basis for concluding that the terms of the 1923 Treaty are ambiguous or that they would not have been understood by the Hiawatha signatories. The basket clause was a conveyance in the broadest terms. Its wording mirrored the general terms of cession contained in the general operative clause quoted above. The lands it pertained to were clearly identified as "all other lands situate in the Province of Ontario". Furthermore, the broad nature of the clause and its wide sweeping effect is underlined by the presence of only one enumerated exception, "reserves . . . set apart . . . by His Majesty the King". The appellant stressed that the reference to the attached agreement previously mentioned created an ambiguity since it referred only to the northern lands, whereas the Treaty included other lands. The reference to the northern lands in the agreement, as in the many other documents referred to us, was merely a reference to the general context leading to the 1923 Treaty. The Treaty is not in any way inconsistent with the agreement. The agreement did not prevent the Treaty from including other lands or render it ambiguous because other lands were added. In fact, the agreement was apparently not attached to the Treaty and as far as the Hiawatha Indians were concerned, there is absolutely no evidence that they were misled by its content or that it shaped their intention in any way. The 1923 Treaty does not raise the same concerns as treaties signed in the more distant past or in more remote territories where one can legitimately question the understanding of the Indian parties (compare *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1036; and *Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)*, [1993] 1 F.C. 501 (C.A.), at pp. 515-16, leave to appeal refused October 14, 1993, [1993] 3 S.C.R. vi). The 1923 Treaty concerned lands in close proximity to the urbanized Ontario of the day. The Hiawatha signatories were businessmen, a civil servant and all were literate. In short, they were active participants of the economy and society of their province. The terms of the Treaty and specifically the basket clause are

conclure que les dispositions du Traité de 1923 sont ambiguës ou qu'elles n'auraient pas été comprises par les signataires de la bande Hiawatha. La clause omnibus constituait une cession au sens le plus large. Son libellé reprenait les termes généraux de la cession contenue dans la clause générale d'application, qui a été citée. Les terres visées ont clairement été identifiées comme étant «toutes les autres terres situées dans la province de l'Ontario». En outre, le fait que la disposition prévoit une seule exception, les «réserves que Sa Majesté le Roi a mises de côté», fait ressortir le caractère général de la clause ainsi que son effet global. L'appelant a souligné que la mention de l'entente jointe, dont il a déjà été question, créait une ambiguïté puisqu'elle vise seulement les terres septentrionales, alors que le Traité inclut d'autres terres. La mention des terres septentrionales dans l'entente, comme d'ailleurs dans les nombreux autres documents qui nous ont été soumis, constituait simplement une indication du contexte général qui a abouti au Traité de 1923. Ce traité n'est aucunement incompatible avec l'entente. Cette entente n'empêchait aucunement d'inclure dans le Traité d'autres terres ni ne le rendait ambigu du fait que d'autres ont été incluses. En fait, l'entente n'aurait apparemment pas été jointe au Traité et, pour ce qui est des Indiens de la bande Hiawatha, il n'existe absolument aucune preuve qu'ils ont été induits en erreur quant au contenu de cette entente ou que celle-ci aurait servi à établir leur intention. Le Traité de 1923 ne soulève pas les mêmes préoccupations que les traités signés à une époque plus lointaine ou dans des territoires plus éloignés, à propos desquels on peut légitimement s'interroger sur la compréhension des parties indiennes (comparer l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1036, et l'arrêt *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.), aux pp. 515 et 516, autorisation de pourvoi refusée le 14 octobre 1993, [1993] 3 R.C.S. vi). Le Traité de 1923 visait des terres à proximité de l'Ontario urbanisée de l'époque. Parmi les signataires de la bande Hiawatha, il y avait des hommes d'affaires, un fonctionnaire et tous savaient lire et écrire. Bref, ils étaient des participants actifs à l'économie et à la société de leur province. Les dispositions du Traité, tout particulièrement sa clause omnibus,

entirely clear and would have been understood by the seven signatories.

This case is similar to *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, in that the issues are essentially factual in nature and the subject of concurrent findings in the courts below. The reasoning in *Bear Island* is equally applicable to this case. In the absence of palpable and overriding error which affected the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not reverse the conclusions of the lower court. After carefully reviewing the factual record, I am of the view that there is no basis for overturning the result reached by the courts below. By the clear terms of the 1923 Treaty, the Hiawatha Band surrendered any remaining special rights to hunt and fish in the Otonabee River area.

The appellant and one of the interveners, the United Indian Councils, challenged this result on the basis that the 1923 Treaty was invalid because the commissioners had exceeded their original mandate and that therefore an order-in-council of the Governor General in Council was necessary to ratify the Treaty as signed. This argument is premised on the assertion that an order-in-council was legally required for the Treaty to be valid. There was evidence before us that orders-in-council were passed when the Government of Canada supplied the funds to acquire lands in Western Canada in 1907 and 1921 (Treaty No. 10 and Treaty No. 11). *Gooderham and Worts, Ltd. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1947] A.C. 66 (P.C.), was also referred to us. That case, however, involved a statutory requirement that the Governor General in Council approve certain leases entered into by the predecessor to the Canadian Broadcasting Corporation. In the present case, an order-in-council was required pursuant to the *Inquiries Act*, R.S.C. 1906, c. 104, to appoint the commissioners, but there was no legal or constitutional requirement of an order-in-council to ratify the Treaty. To the extent that the commissioners negotiated a treaty which went beyond the northern lands, it is abundantly clear, and on this point we agree with the

sont tout à fait claires et auraient été comprises par les sept signataires.

Le présent pourvoi est semblable à l'affaire *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, en ce que les questions soulevées portent essentiellement sur des faits et ont donné lieu à des conclusions concordantes des juridictions inférieures. Le raisonnement de l'arrêt *Bear Island* est également applicable en l'espèce. Si le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits, une cour d'appel ne devrait pas en infirmer les conclusions. Après un examen approfondi des faits, je suis d'avis qu'il n'existe aucun motif d'infirmer la décision des juridictions inférieures. Par les dispositions claires du Traité de 1923, la bande Hiawatha a cédé tout droit spécial existant de chasse et de pêche dans la région de la rivière Otonabee.

L'appelant et un des intervenants, United Indian Councils, ont contesté cette conclusion en soutenant que le Traité de 1923 n'était pas valide parce que les commissaires avaient excédé leur mandat initial et qu'il fallait donc que le gouverneur général en conseil prenne un décret pour ratifier le Traité signé. Cet argument se fonde sur la thèse qu'un décret était légalement nécessaire pour que le Traité soit valide. On nous a présenté des preuves que des décrets avaient été pris lorsque le gouvernement du Canada a financé l'acquisition de terres dans l'Ouest du Canada en 1907 et en 1921 (Traités nos 10 et 11). On a également attiré notre attention sur l'arrêt *Gooderham and Worts, Ltd. c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1947] A.C. 66 (C.P.). Cependant, il s'agissait là d'un cas où la loi exigeait que le gouverneur général en conseil approuve certains baux signés par le prédécesseur de la Société Radio-Canada. Ici, un décret devait être pris en vertu de la *Loi des enquêtes*, S.R.C. 1906, ch. 104, aux fins de la nomination des commissaires, mais il n'était ni légalement ni constitutionnellement requis de faire ratifier le Traité par décret. Dans la mesure où les commissaires ont négocié un traité dont la portée visait davantage que les terres septentrionales, il est bien établi, et sur ce point nous sommes d'accord avec la Cour

Court of Appeal, that the Government of Canada was made aware of this fact and ratified the Treaty as drafted by its subsequent conduct. The province of Ontario provided the Government of Canada with the funds which were disbursed pursuant to the terms of the Treaty. However, as the appellant noted, the Treaty process for the surrender of the lands in Canada is federal in nature and it was the Government of Canada which was ultimately responsible for both the Treaty and the disbursement of funds. In December 1923, the commissioners forwarded their report and the Treaty to the Government of Canada. The report is an overview of the process leading to the conclusion of the Treaty. The report and the Treaty taken together leave no doubt that the Government of Canada was aware of the content of the 1923 Treaty at the time the funds were paid to the Indians.

For the above reasons, I am of the view that the 1923 Treaty was valid and that the Hiawatha Band surrendered any special rights existing at that time to hunt and fish in the Otonabee River area. The constitutional question therefore does not arise. The appellant's plea has been properly denied and his conviction must stand.

I would dismiss the appeal.

The appellant has requested costs as between solicitor and client against the respondent and the intervener, the Attorney General of Canada, and a special award of costs against the intervener, the Ontario Federation of Anglers and Hunters. I find neither of these appropriate and would make no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lang, Michener, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

d'appel, que le gouvernement du Canada en était informé et qu'il a, par sa conduite ultérieure, ratifié le Traité comme il avait été rédigé. La province d'Ontario a fourni au gouvernement du Canada les fonds déboursés conformément au Traité. Cependant, comme l'a fait remarquer l'appelant, le processus de cession des terres par traité relève au Canada de l'autorité fédérale et c'est le gouvernement fédéral qui, en fin de compte, était responsable à la fois du Traité et des débours. En décembre 1923, les commissaires ont envoyé leur rapport et le Traité au gouvernement du Canada. Le rapport comporte un aperçu des démarches qui ont abouti à la conclusion du Traité. Pris ensemble, le rapport et le Traité ne laissent aucun doute que le gouvernement du Canada était au courant du contenu du Traité de 1923 lorsque les paiements ont été faits aux Indiens.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le Traité de 1923 était valide et que la bande Hiawatha a cédé tout droit spécial de chasse et de pêche existant à l'époque dans la région de la rivière Otonabee. En conséquence, la question constitutionnelle ne se soulève pas. C'est à bon droit que la défense de l'appelant a été rejetée. Sa déclaration de culpabilité doit être maintenue.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

L'appelant a demandé les dépens comme entre procureur et client contre l'intimée et l'intervenant, le procureur général du Canada, et une adjudication spéciale de dépens contre l'intervenant, l'Ontario Federation of Anglers and Hunters. À mon avis, ni l'une ni l'autre de ces demandes n'est appropriée, et il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Lang, Michener, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener the United Indian Councils: Berger & Nelson, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant United Indian Councils: Berger & Nelson, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Ontario Federation of Anglers and Hunters: Danson, Recht & Freedman, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Federation of Anglers and Hunters: Danson, Recht & Freedman, Toronto.

Brian Gordon Jack *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JACK

File No.: 23731.

1994: May 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Charge to jury — Accused acquitted of second degree murder after second trial — Trial judge's slip in recharge amounting to serious misdirection — Order for new trial upheld.

Criminal law — Evidence — Timely disclosure — Crown making full disclosure before second trial — Court of Appeal having no jurisdiction to order stay for failure to disclose since no application had been made to trial court — Order for new trial not amounting to abuse of process.

Cases Cited**Referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 88 Man. R. (2d) 93, 51 W.A.C. 93, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

Richard J. Wolson and John A. McAmmond, for the appellant.

Richard A. Saull, for the respondent.

Brian Gordon Jack *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JACK

^b N° du greffe: 23731.

1994: 24 mai.

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

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^d *Droit criminel — Exposé au jury — Accusé acquitté de meurtre au deuxième degré à la suite d'un second procès — Lapsus commis dans le nouvel exposé du juge du procès équivalant à une directive erronée aux conséquences sérieuses — Ordonnance de nouveau procès maintenue.*

^e

Droit criminel — Preuve — Divulcation au moment opportun — Divulcation complète effectuée par le ministère public avant le second procès — Cour d'appel non-compétente pour ordonner l'arrêt des procédures en raison de l'omission de divulguer en l'absence d'une demande en ce sens au tribunal de première instance — Ordonnance de nouveau procès n'équivalant pas à un abus de procédure.

^g **Jurisprudence****Arrêt mentionné:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.^h

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 88 Man. R. (2d) 93, 51 W.A.C. 93, qui a accueilli l'appel du ministère public contre le verdict d'acquiescement de l'accusé prononcé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

ⁱ

Richard J. Wolson et John A. McAmmond, pour l'appelant.

^j

Richard A. Saull, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — We agree with the Chief Justice of Manitoba that in the circumstances the slip in the charge to the jury amounted to a serious misdirection. We are satisfied with the requisite degree of certainty that, absent the error, the verdict would not inevitably have been the same.

With respect to the failure of the respondent to make timely disclosure, in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 348, we stated: "... when a court of appeal is called upon to review a failure to disclose, it must consider whether such failure impaired the right to make full answer and defence". In our opinion, full disclosure had been made before the second trial. No application for a stay was made to the trial court on the second trial. The Court of Appeal therefore had no jurisdiction to order a stay on this ground and we are in the same position. This is a matter that should be dealt with at trial and, if the failure to disclose impaired the appellant's ability to make full answer and defence, this matter can be raised in the new trial ordered by the Court of Appeal.

We agree with the Court of Appeal that ordering a new trial in the circumstances of this case is not one of those "clearest of cases" which would amount to an abuse of process.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes d'accord avec le Juge en chef du Manitoba pour dire que, dans les circonstances, le lapsus commis dans l'exposé au jury équivaut à une directive erronée aux conséquences sérieuses. Nous sommes convaincus, avec toute la certitude requise, qu'en l'absence de l'erreur le verdict n'aurait pas inévitablement été le même.

Quant à l'omission de l'intimée de divulguer au moment opportun, dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 348, nous affirmons que «quand un tribunal d'appel est appelé à examiner une telle omission de divulguer, il doit se demander si l'omission a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière». À notre avis, une divulgation complète a eu lieu avant le second procès. Aucune demande d'arrêt des procédures n'a été faite au tribunal de première instance lors du second procès. La Cour d'appel n'avait donc pas compétence pour ordonner l'arrêt des procédures pour ce motif et nous sommes dans la même situation. C'est une question qui devrait être tranchée au procès et, si l'omission de divulguer a porté atteinte à la capacité de l'appelant de présenter une défense pleine et entière, cette question peut être soulevée au nouveau procès ordonné par la Cour d'appel.

Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'ordonner un nouveau procès dans les circonstances de la présente affaire n'est pas un de ces «cas les plus clairs» où il y aurait abus de procédure.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

H. Boris Antosko *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Stanley F. Trzop *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Stanley F. Trzop *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: CANADA v. ANTOSKO

File Nos.: 23282, 23283, 23284.

1994: February 2; 1994: May 26.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Deductions — Interest — Interest on debenture accruing to non-taxable government board — Debenture transferred from board to appellants — Interest accruing before transfer of debenture but paid after transfer — Recipients of interest including it in income and then deducting it — Whether transaction within ambit of s. 20(14) of the Income Tax Act — If so, whether no s. 20(14)(b) deduction available to the transferee unless transferor included this same amount in the computation of its income, pursuant to s. 20(14)(a) — Whether all of the interest sought to be deducted met the conditions of s. 20(14) — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(14)(a), (b).

H. Boris Antosko *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^b **Stanley F. Trzop** *Appellant*

c.

^c **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^d **Stanley F. Trzop** *Appellant*

c.

^e **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: CANADA c. ANTOSKO

Nos du greffe: 23282, 23283, 23284.

^f 1994: 2 février; 1994: 26 mai.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Major.

^g EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Déductions — Intérêt — Intérêt sur débenture accumulé au profit d'un organisme gouvernemental exonéré d'impôt — Débenture transférée de l'organisme aux appelants — Intérêt accumulé avant le transfert de la débenture payé après le transfert — Intérêt inclus dans le revenu des bénéficiaires, puis déduit — L'opération tombe-t-elle sous le coup de l'art. 20(14) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Dans l'affirmative, le bénéficiaire du transfert ne peut-il se prévaloir de la déduction prévue à l'art. 20(14)b) que si l'auteur du transfert a inclus le même montant dans le calcul de son revenu conformément à l'art. 20(14)a)? — L'intérêt que l'on cherche à déduire satisfait-il en totalité aux conditions énoncées à l'art. 20(14)? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(14)a), b).

The New Brunswick Industrial Finance Board, a non-taxable government body, provided financing to, and eventually became majority shareholder of, a company located in the province. The company issued a fixed and floating debenture to secure the guarantee by the board of its bank loan and four promissory notes for loans made directly to it by the board. The board eventually paid the full amount of the bank loan in accordance with its guarantee.

The board agreed to transfer its shares to the appellants for \$1, to ensure that the company was debt free, except for its debt to the board and accrued interest thereon, and to postpone the obligation to repay this debt and interest for two years. In return, the appellants promised to operate the company in business-like manner during this period. The board, pursuant to the agreement, sold its debt and accrued interest to appellants for \$10 after the two-year period had passed.

Interest on the debenture was treated as accruing daily from the date the board discharged the bank loan. Interest on the four promissory notes also accrued daily. In the 1977 taxation year, the appellants each received \$38,335 from the company in partial payment of interest which had accrued on the total debt and was owed to the board prior to the transfer. The appellants included this interest as income pursuant to s. 12(1)(c) of the *Income Tax Act*, and then deducted these amounts pursuant to s. 20(14)(b). In the 1980 taxation year, the appellant Trzop received \$283,363 from the company as a similar partial payment of interest. This amount was also included as income and then claimed as a deduction.

The Minister of National Revenue disallowed the deductions. The appellants successfully appealed these disallowances to the Tax Court of Canada. An appeal by the Minister to the Federal Court, Trial Division was allowed, and a further appeal by the appellants to the Federal Court of Appeal was dismissed, with the result that the deductions were disallowed. At issue here was: (1) whether the transaction fell within the ambit of s. 20(14) of the *Income Tax Act*; (2) if so, whether s. 20(14) was to be interpreted as stating that no deduction pursuant to s. 20(14)(b) is available to the transferee unless it is shown that the transferor included this same amount in the computation of its income, pursuant to s.

La Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick, un organisme gouvernemental exonéré d'impôt, finançait une compagnie située dans la province, dont elle a fini par devenir l'actionnaire majoritaire. La compagnie a émis une débenture à charge fixe et flottante en garantie du cautionnement fourni par la commission à l'égard de son emprunt bancaire, et quatre billets à ordre pour des emprunts directs que la commission lui avait consentis. Cette dernière a dû, en fin de compte, honorer sa garantie et payer le montant total de l'emprunt bancaire.

La commission s'est engagée à transférer ses actions aux appelants pour la somme de 1 \$, à faire en sorte que la compagnie soit dépourvue de toute dette, à l'exception de la somme qu'elle lui devait, plus l'intérêt accumulé, et à retarder le remboursement de la dette et de l'intérêt en question pendant deux ans. En échange, les appelants promettaient d'exploiter la compagnie d'une manière sérieuse pendant cette période. Conformément à l'entente, la commission a vendu aux appelants, à l'expiration de la période de deux ans, sa dette plus l'intérêt accumulé, pour la somme de 10 \$.

L'intérêt sur la débenture a été traité comme s'accumulant quotidiennement à compter de la date à laquelle la banque a été remboursée par la commission. L'intérêt sur les quatre billets à ordre s'est également accumulé quotidiennement. Au cours de l'année d'imposition 1977, les appelants ont tous deux reçu 38 335 \$ de la compagnie en paiement partiel de l'intérêt qui s'était accumulé sur la dette totale et qui était dû à la commission avant le transfert. Les appelants ont inclus cet intérêt dans leur revenu conformément à l'al. 12(1)(c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, pour ensuite le déduire conformément à l'al. 20(14)(b). Au cours de l'année d'imposition 1980, l'appellant Trzop a reçu 283 363 \$ de la compagnie encore une fois à titre de paiement partiel de l'intérêt. Cette somme a également été incluse dans son revenu, puis déduite.

Le ministre du Revenu national a refusé les déductions. Les appelants en ont appelé avec succès de ces refus à la Cour canadienne de l'impôt. La Cour fédérale, Section de première instance, a accueilli l'appel du Ministre, puis la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel des appelants, de sorte que les déductions ont été refusées. Les questions suivantes sont en litige: (1) L'opération tombe-t-elle sous le coup du par. 20(14) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? (2) Dans l'affirmative, le par. 20(14) doit-il s'interpréter comme établissant que le bénéficiaire du transfert ne peut se prévaloir de la déduction prévue à l'al. 20(14)(b) que s'il est démontré que l'auteur du transfert a inclus le même montant dans

20(14)(a); and (3) whether all the interest sought to be deducted by the appellants, given completion of the other requirements for deduction, met the conditions set out in s. 20(14).

Held: The appeals should be allowed.

A taxpayer is entitled to structure his or her affairs so as to avoid liability for tax. Where the general standards legislated to determine unacceptable tax avoidance mechanisms are inapplicable, the court has no authority to legislate additional ones. The courts, however, will not permit the taxpayer to take advantage of deductions or exemptions which are founded on a sham transaction.

Two conditions must be met in order to come within the opening words of s. 20(14). First, there must be an assignment or a transfer of a debt obligation. Second, the transferee must become entitled, as a result of the transfer, to interest accruing before the date of the transfer but not payable until after that date. These two conditions were met here. A purchase of accrued interest by the appellants in the acquisition of debt obligations occurred and the agreement to postpone payment of interest until after the transfer was legally enforceable.

The adequacy of the consideration is not relevant, absent allegations of artificiality or of a sham. This transaction was not a sham. The terms of the section were met in a manner that was not artificial.

Where the words of the section are not ambiguous, this Court should not find that the appellants are nonetheless disentitled to a deduction because they do not deserve a "windfall". In the absence of a situation of ambiguity, such that the court must look to the results of a transaction to assist in ascertaining the intent of Parliament, a normative assessment of the consequences of the application of a given provision is within the ambit of the legislature, not the courts.

The purpose of s. 20(14) is to avoid double taxation by apportioning accrued interest between transferor and transferee. The interest accrued prior to the transfer date is allocated to the transferor's calculation of income, presumably because the transferor, as owner of the debt obligation, will be legally entitled to interest up to the date of transfer and this fact will be reflected in the consideration to be paid by the transferee for the debt obli-

le calcul de son revenu conformément à l'al. 20(14)a)? Et (3) si les appelants ont rempli les conditions d'application de la déduction, l'intérêt qu'ils cherchent à déduire satisfait-il en totalité aux conditions énoncées au par. 20(14)?

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

Le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à éviter l'assujettissement à l'impôt. Lorsque les normes générales énoncées par le législateur pour déterminer quels mécanismes d'évitement fiscal sont inacceptables ne s'appliquent pas, le tribunal n'a pas le pouvoir d'en ajouter d'autres. Cependant, les tribunaux ne permettront pas au contribuable de tirer profit de déductions ou d'exemptions fondées sur une opération trompe-l'œil.

Pour qu'une opération tombe sous le coup de la partie liminaire du par. 20(14), elle doit satisfaire à deux conditions. Premièrement, il doit y avoir cession ou transfert d'un titre de créance. Deuxièmement, le bénéficiaire du transfert doit obtenir le droit, en raison du transfert, à l'intérêt qui s'accumule avant la date du transfert, mais qui n'est payable qu'après cette date. Ces deux conditions sont remplies en l'espèce. Les appelants ont acheté l'intérêt accumulé en acquérant les titres de créance et l'exécution de l'entente retardant le paiement de l'intérêt jusqu'à ce que le transfert soit effectué pouvait légalement être demandée.

La suffisance de la contrepartie n'est pas pertinente en l'absence d'allégations de caractère artificiel ou de trompe-l'œil. L'opération ici en cause n'était pas un trompe-l'œil. Les conditions de la disposition ont été remplies d'une manière qui n'était pas artificielle.

En l'absence d'ambiguïté des termes de la disposition, notre Cour ne devrait pas conclure que les appelants doivent néanmoins se voir refuser une déduction parce qu'ils ne méritent pas une «aubaine». En l'absence d'une ambiguïté qui forcerait le tribunal à examiner les résultats de l'opération pour déterminer l'intention du législateur, l'évaluation normative des conséquences de l'application d'une disposition donnée relève du législateur et non des tribunaux.

Le paragraphe 20(14) a pour objet d'éviter la double imposition en répartissant l'intérêt accumulé entre l'auteur du transfert et son bénéficiaire. L'intérêt qui s'est accumulé avant la date du transfert est affecté au calcul du revenu de l'auteur du transfert, vraisemblablement pour le motif que celui-ci, en tant que propriétaire du titre de créance, aura légalement droit à l'intérêt jusqu'à la date du transfert, et que ce fait se reflétera dans la

gation. The accrued interest is therefore part of the income of the transferor, and not of the income of the transferee.

The ability of a taxpayer to claim a deduction pursuant to s. 20(14)(b) is not dependent on the inclusion by the transferor pursuant to s. 20(14)(a) of the same amount in his or her calculation of income. Arguments to the contrary would transform the section from one meant to avoid double taxation into one designed to ensure taxation of the entire amount of interest accrued during the taxation year. Where specific provisions of the *Income Tax Act* intend to make the tax consequences for one party conditional on the acts or position of another party, the sections are drafted so that this interdependence is clear.

Section 20(14) does not draw distinctions between the contexts in which debt instruments are transferred. It is unworkable to require open market purchasers to discern whether the vendor of the bond is tax-exempt in order to be able to assess whether a s. 20(14)(b) deduction is permitted.

The appellants are entitled to the full amount of the deductions. The legally enforceable agreement to suspend repayment of the interest during the two-year period meant that the accrued interest was not payable before the transfer; nor was it payable coincident with the transfer. All the accrued interest became payable immediately after the transfer was completed, thus meeting the terms of s. 20(14).

Cases Cited

Distinguished: *Hill v. M.N.R.*, 81 D.T.C. 167; *Courtright v. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1609; **disapproved:** *Husain v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 278; **considered:** *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; **referred to:** *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(c), 20(14)(a), (b), 40(3), 68, 69(5), 70(2), (3), (5), 110.1, 149(1).

somme que le bénéficiaire du transfert devra verser en contrepartie du titre de créance. L'intérêt accumulé fait donc partie du revenu de l'auteur du transfert et non de celui du bénéficiaire du transfert.

La capacité du contribuable de demander une déduction conformément à l'al. 20(14)b) ne dépend pas de l'inclusion par l'auteur du transfert du même montant dans le calcul de son revenu conformément à l'al. 20(14)a). Tout argument contraire transformerait l'article destiné à éviter la double imposition en un article destiné à assurer l'imposition du montant total de l'intérêt accumulé au cours de l'année d'imposition. Lorsque des dispositions précises de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visent à rendre les conséquences fiscales d'une partie conditionnelles aux actes ou à la position d'une autre partie, elles sont rédigées de manière que cette interdépendance soit claire.

Le paragraphe 20(14) n'établit aucune distinction entre les contextes dans lesquels les titres de créance sont transférés. Il est impossible d'exiger des acheteurs sur le marché libre qu'ils discernent si le vendeur de l'obligation est exonéré d'impôt pour être en mesure de déterminer si la déduction en vertu de l'al. 20(14)b) est permise.

Les appelants ont droit de déduire le montant total des déductions. L'entente suspendant le remboursement de l'intérêt accumulé au cours de la période de deux ans, dont l'exécution pouvait légalement être demandée, signifiait que l'intérêt accumulé n'était ni payable avant le transfert, ni payable au moment même où le transfert a été effectué. Tout l'intérêt accumulé est devenu payable immédiatement après que le transfert eut été effectué, satisfaisant ainsi aux exigences du par. 20(14).

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Hill c. M.N.R.*, 81 D.T.C. 167; *Courtright c. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1609; **arrêt critiqué:** *Husain c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 278; **arrêts examinés:** *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; **arrêts mentionnés:** *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)c), 20(14)a), b), 40(3), 68, 69(5), 70(2), (3), (5), 110.1, 149(1).

Authors Cited

- Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-410R, "Debt Obligations — Accrued Interest on Transfer", Sept. 4, 1984.
- Dreidger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Nadeau, Claude. "The Interpretation of Taxing Statutes Since Stubar" (1990), 42 *Can. Tax Found.* 49:1.
- Templeton, M. D. "Subsection 20(14) and the Allocation of Interest — Buyers Beware" (1990), 38 *Can. Tax J.* 85.
- Ulmer, John M. "Taxation of Interest Income" (1990), 42 *Can. Tax Found.* 8:1.

APPEALS from judgments of the Federal Court of Appeal (1992), 92 D.T.C. 6388, [1992] 2 C.T.C. 350, 145 N.R. 352, dismissing an appeal from a judgment of McNair J. (1990), 90 D.T.C. 6111, [1990] 1 C.T.C. 208, 31 F.T.R. 224, allowing an appeal from a judgment of St-Onge T.C.J. Appeals allowed.

Eugene J. Mockler, Q.C., for the appellants.

Donald G. Gibson and Josée Tremblay, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — These appeals concern the interpretation of s. 20(14) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. This section permits a transferee of a debt instrument to deduct from the calculation of his or her taxable income the interest accruing on the instrument prior to the date of transfer. The narrow issue in these appeals is whether, when the debt in question was transferred from a non-taxable government body to investors trying to rehabilitate a failing company, such a transaction came within the scope of s. 20(14). As the three appeals are based on essentially identical facts, and indeed relate to the same transaction, I will refer to them collectively as "the appeal".

Doctrine citée

- Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-410R, «Créances — Intérêts courus lors d'un transfert», le 4 sept. 1984.
- Dreidger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Nadeau, Claude. «The Interpretation of Taxing Statutes Since Stubar» (1990), 42 *Can. Tax Found.* 49:1.
- Templeton, M. D. «Subsection 20(14) and the Allocation of Interest — Buyers Beware» (1990), 38 *Can. Tax J.* 85.
- Ulmer, John M. «Taxation of Interest Income» (1990), 42 *Can. Tax Found.* 8:1.

POURVOIS contre les arrêts de la Cour d'appel fédérale (1992), 92 D.T.C. 6388, [1992] 2 C.T.C. 350, 145 N.R. 352, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge McNair (1990), 90 D.T.C. 6111, [1990] 1 C.T.C. 208, 31 F.T.R. 224, qui avait accueilli l'appel d'un jugement du juge St-Onge de la Cour canadienne de l'impôt. Pourvois accueillis.

Eugene J. Mockler, c.r., pour les appelants.

Donald G. Gibson et Josée Tremblay, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Dans les présents pourvois, il s'agit d'interpréter le par. 20(14) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. Cette disposition permet au bénéficiaire du transfert d'un titre de créance de déduire du calcul de son revenu imposable l'intérêt accumulé sur ce titre avant la date du transfert. La question précise en l'espèce est de savoir si le par. 20(14) s'applique à l'opération par laquelle un organisme gouvernemental exonéré d'impôt transfère la dette en question à des investisseurs qui tentent de remettre sur pied une compagnie en difficulté. Puisque les trois pourvois sont fondés sur des faits essentiellement identiques et qu'en fait ils portent sur la même opération, je les appellerai collectivement «le pourvoi».

I. Facts

Atlantic Forest Products Ltd. (the "company") was the owner of a plant, located in Minto, New Brunswick, which manufactured charcoal briquettes. The New Brunswick Industrial Finance Board (the "board"), a provincially incorporated agency of the Province of New Brunswick, provided financing to the company. The board became the controlling shareholder of the company, holding 80% of its issued and outstanding shares. In February and March 1971, the board guaranteed a \$3 million loan from the Bank of Nova Scotia (the "bank") to the company. The company executed in favour of the board a fixed and floating charge debenture securing the board's guarantee of the loan. This debenture contained a covenant on the part of the company to repay all expenditures made by the board in protecting its security, together with interest, and to repay the bank loan according to a specified schedule. The parties agreed that, in the event of default by the company on the repayment, the board could pay to the bank the amounts in default and these payments would then constitute a further charge on the lands and premises of the company.

Between January 1972 and July 1973, the board made four direct loans to the company totalling \$1.425 million. The board received four demand promissory notes for the principal amounts of these loans, with interest payable monthly at rates varying from 5 to 9.5%. In September 1974, the company defaulted on the bank loan, and the board was compelled to make good on its guarantee. The board paid \$3.375 million to the bank in full satisfaction of all outstanding principal and interest on the loan. By March 1975, the total indebtedness of the company to the board was approximately \$5 million.

On March 1, 1975, the board entered into an agreement with the appellants, Antosko and Trzop, in which the appellants acquired all of the board's common shares in the company for a consideration of \$1. The board also covenanted to ensure that the

I. Les faits

Atlantic Forest Products Ltd. (la «compagnie») était propriétaire d'une usine qui produisait des briquettes de charbon à Minto (Nouveau-Brunswick). La Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick (la «commission»), un organisme constitué en personne morale selon les lois du Nouveau-Brunswick, finançait la compagnie. La commission est devenue l'actionnaire majoritaire de la compagnie, détenant 80 pour 100 des actions émises et en circulation. En février et mars 1971, elle a garanti un emprunt de 3 millions de dollars consenti par la Banque de Nouvelle-Écosse (la «banque») à la compagnie. Cette dernière a signé, en faveur de la commission, une débenture à charge fixe et flottante en garantie du cautionnement fourni par la commission à l'égard de l'emprunt. Aux termes de cette débenture, la compagnie s'engageait à rembourser toutes les dépenses que la commission engagerait pour préserver sa garantie, de même que l'intérêt, et à rembourser l'emprunt bancaire selon un échéancier déterminé. Les parties ont convenu qu'en cas de défaut de la compagnie, la commission pourrait verser à la banque les montants échus, et que ces paiements constitueraient alors une charge supplémentaire sur les terrains et locaux de la compagnie.

Entre janvier 1972 et juillet 1973, la commission a consenti à la compagnie quatre prêts directs totalisant 1,425 million de dollars. La commission a reçu quatre billets payables à demande pour le principal de ces prêts, l'intérêt étant payable mensuellement à des taux se situant entre 5 et 9,5 %. En septembre 1974, la compagnie a manqué à son obligation de rembourser la banque et la commission a dû honorer sa garantie. Elle a versé 3,375 millions de dollars à la banque en remboursement total du principal et de l'intérêt impayés sur l'emprunt. En mars 1975, la compagnie devait en tout à la commission approximativement 5 millions de dollars.

Le 1^{er} mars 1975, la commission a conclu avec les appelants Antosko et Trzop une entente en vertu de laquelle ces derniers acquéraient, pour la somme de 1 \$, la totalité des actions ordinaires détenues par la commission dans la compagnie. La

company was debt free, except for the indebtedness to the board in the amount of \$5 million plus accrued interest, and to postpone the obligation to repay this indebtedness, and interest thereon, for a period of two years. In return, the appellants promised to operate the company during this two-year period in a good and business-like manner. The board agreed that, upon expiration of the two-year period and if all its conditions were met, it would then sell to the appellants the \$5 million debt plus accrued interest for the sum of \$10.

Following the execution of the above agreement, the appellants changed the name of the company to Resort Estates Limited. In 1976, the obligations of the board passed to the Province of New Brunswick as represented by the Minister of Commerce and Development. The agreement, however, remained unchanged. The appellants satisfied their obligations under the agreement and thus, on July 6, 1977, the board sold to them the total indebtedness of the company. The Minister of Commerce and Development assigned to the appellants the debenture, promissory notes, realty mortgage and chattel mortgage that had been given as security for the outstanding indebtedness of the company to the board.

Interest on the debenture issued by the company as security for the \$3.375 million paid by the board to the bank in fulfilment of its loan guarantee was treated as accruing daily at a rate of 11.5% per annum from the date the bank was paid. Interest on the four promissory notes had also accrued daily. In the 1977 taxation year, the appellants each received \$38,335 from the company in partial payment of interest which had accrued on the total debt prior to transfer. The appellants included this interest as income pursuant to s. 12(1)(c) of the *Income Tax Act*, and then claimed deductions of these amounts pursuant to s. 20(14)(b). In the 1980 taxation year, the appellant Trzop received \$283,363 from the company as a similar partial payment of interest. This amount was also

commission s'est également engagée à faire en sorte que la compagnie soit dépourvue de toute dette, à l'exception de la somme de 5 millions de dollars due à la commission, plus l'intérêt accumulé, et à retarder le remboursement de la dette et de l'intérêt en question pendant deux ans. En échange, les appelants promettaient d'exploiter la compagnie pendant la période en cause d'une manière convenable et sérieuse. La commission a consenti à vendre aux appelants, à l'expiration de la période de deux ans et si toutes les conditions étaient remplies, la dette de 5 millions de dollars plus l'intérêt accumulé, pour la somme de 10 \$.

À la suite de la signature de l'entente décrite ci-dessus, les appelants ont changé le nom de la compagnie pour l'appeler Resort Estates Limited. En 1976, les obligations de la commission sont passées à la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre du Commerce et du Développement. L'entente est toutefois demeurée inchangée. Les appelants s'étant acquittés des obligations qui leur incombaient en vertu de l'entente, la commission leur a vendu, le 6 juillet 1977, la dette totale de la compagnie. Le ministre du Commerce et du Développement a cédé aux appelants la débenture, les billets à ordre, l'hypothèque immobilière et l'hypothèque mobilière qui avaient été consentis en garantie de la dette de la compagnie envers la commission.

L'intérêt sur la débenture émise par la compagnie afin de garantir la somme de 3,375 millions de dollars que la commission a versée à la banque pour honorer sa garantie de l'emprunt a été traité comme s'accumulant quotidiennement au taux annuel de 11,5 % à compter de la date à laquelle la banque a été remboursée. L'intérêt sur les quatre billets à ordre s'est également accumulé quotidiennement. Au cours de l'année d'imposition 1977, les appelants ont tous deux reçu 38 335 \$ de la compagnie en paiement partiel de l'intérêt qui s'était accumulé sur la dette totale avant le transfert. Les appelants ont inclus cet intérêt dans leur revenu conformément à l'al. 12(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, pour ensuite le déduire conformément à l'al. 20(14)b). Au cours de l'année

included as income and then claimed as a deduction.

The Minister of National Revenue disallowed the deductions. The appellants successfully appealed these disallowances to the Tax Court of Canada. An appeal by the respondent Minister to the Federal Court, Trial Division was allowed, and a further appeal by the appellants to the Federal Court of Appeal was dismissed, with the result that the deductions were disallowed. The appellants now appeal the decision of the Federal Court of Appeal to this Court.

II. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

(c) any amount received by the taxpayer in the year or receivable by him in the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his profit) as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of, interest;

20. ...

(14) Where, by virtue of an assignment or other transfer of a bond, debenture or similar security (other than an income bond or an income debenture), including for greater certainty an assignment or other transfer after June 18, 1971 of a bill, note, mortgage, hypothec or similar obligation, the transferee has become entitled to interest in respect of a period commencing before the time of transfer and ending after that time that is not payable until after the time of transfer, an amount equal to that proportion of the interest that the number of days in the portion of the period that preceded the day of transfer is of the number of days in the whole period

d'imposition 1980, l'appelant Trzop a reçu 283 363 \$ de la compagnie encore une fois à titre de paiement partiel de l'intérêt. Cette somme a également été incluse dans son revenu, puis déduite.

Le ministre du Revenu national a refusé les déductions. Les appelants en ont appelé avec succès de ces refus à la Cour canadienne de l'impôt. La Cour fédérale, Section de première instance, a accueilli l'appel du ministre intimé, puis la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel des appelants, de sorte que les déductions ont été refusées. Les appelants se pourvoient maintenant devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel fédérale.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

c) toute somme reçue ou à recevoir par le contribuable dans l'année (suivant la méthode normalement suivie par le contribuable pour le calcul des bénéfices) au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts;

20. ...

(14) Lorsque, en raison d'une cession ou autre transfert d'une obligation ou d'une valeur semblable (autre qu'une obligation à intérêt conditionnel), y compris, pour plus de précision, une cession ou autre transfert, effectué après le 18 juin 1971, d'un billet, d'un effet, d'un *mortgage*, d'une hypothèque ou d'un autre titre semblable, le bénéficiaire du transfert a obtenu le droit à un intérêt, relativement à une période commençant avant la date du transfert et se terminant après cette date, qui n'est payable qu'après la date du transfert, une somme égale à la fraction de l'intérêt représentée par le rapport entre le nombre de jours dans la partie de la période qui a précédé la date du transfert et le nombre de jours dans la période totale,

(a) shall be included in computing the transferor's income for the taxation year in which the transfer was made, and

(b) may be deducted in computing the transferee's income for a taxation year in the computation of which there has been included

(i) the full amount of the interest under section 12, or

(ii) a portion of the interest under paragraph (a).

a) sera incluse dans le calcul du revenu de l'auteur du transfert pour l'année d'imposition dans laquelle le transfert a eu lieu, et

b) peut être déduite lors du calcul du revenu du bénéficiaire du transfert pour une année d'imposition, calcul dans lequel a été inclus

(i) le montant total de l'intérêt en vertu de l'article 12, ou

(ii) la partie de l'intérêt en vertu de l'alinéa a).

III. Judgments Below

Tax Court of Canada (St-Onge T.C.J.)

The Tax Court judge began his discussion by considering the decisions in *Hill v. M.N.R.*, 81 D.T.C. 167, and *Courtright v. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1609, relied upon by the respondent for the correct interpretation of s. 20(14). The Tax Court judge held that these decisions were distinguishable; in *Hill*, no legal transfer of a debt took place, and in *Courtright*, there was no evidence to show that any accrued interest was due and transferred. In this case, the existence of both of these factors was not in doubt.

The Tax Court judge interpreted s. 20(14) as stating that, when a transfer of a debt with accrued interest took place, the transferor was required to include this interest in his or her income in the year of transfer, while the transferee could deduct the amount of accrued interest that he or she received. In the view of the Tax Court judge, the ability of the transferee to deduct the income was not dependent on the transferor's inclusion of it:

This section does not say that the transferee has to inquire to know whether the transferor has included the said accrued interest in his income. The taxpayer is not an employee nor an investigator for the Department of National Revenue.

Furthermore, a taxpayer has no means to know if another taxpayer has reported all his income.

Section 20(14) did not state that the right of the transferee to deduct the accrued interest was in any way affected in a case where the transferor was tax

III. Les juridictions inférieures

Cour canadienne de l'impôt (le juge St-Onge)

Le juge de la Cour de l'impôt a d'abord analysé les décisions *Hill c. M.N.R.*, 81 D.T.C. 167, et *Courtright c. M.N.R.*, 80 D.T.C. 1609, que l'intimée a invoquées relativement à l'interprétation qu'il convient de donner au par. 20(14). Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que ces décisions se distinguaient de la présente affaire; dans l'affaire *Hill*, aucune dette n'avait été transférée légalement, alors que dans *Courtright*, aucune preuve n'avait démontré qu'un intérêt accumulé était payable et transféré. En l'espèce, l'existence de ces deux facteurs ne faisait aucun doute.

Selon le juge de la Cour de l'impôt, le par. 20(14) prescrit que, lorsqu'il y a transfert d'une dette avec intérêt accumulé, l'auteur du transfert doit inclure cet intérêt dans le calcul de son revenu pour l'année du transfert, alors que le bénéficiaire du transfert peut déduire l'intérêt accumulé qu'il a reçu. De l'avis du juge de la Cour de l'impôt, le droit du bénéficiaire du transfert de déduire ce revenu ne dépend pas de son inclusion par l'auteur du transfert:

[TRADUCTION] Cette disposition n'exige pas du bénéficiaire du transfert qu'il vérifie si l'auteur du transfert a inclus dans son revenu l'intérêt accumulé. Le contribuable n'est ni un employé ni un enquêteur du ministère du Revenu national.

En outre, le contribuable n'a aucun moyen de savoir si un autre contribuable a déclaré tous ses revenus.

Le paragraphe 20(14) n'indiquait pas que le droit du bénéficiaire du transfert de déduire l'intérêt accumulé était de quelque façon touché si l'au-

exempt. The Tax Court judge concluded that the appellants met the terms of the exempting section, and allowed the taxpayers' appeals with costs.

Federal Court, Trial Division, 90 D.T.C. 6111 (McNair J.)

McNair J. agreed with the factual finding of the Tax Court judge that interest had accrued on the debt during the time that its repayment was suspended. However, McNair J. rejected the construction advanced by the appellants and accepted by the Tax Court judge as to the correct interpretation of s. 20(14). Relying on the decision of this Court in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, he concluded at p. 6115:

... one cannot blithely ignore the mandatory requirement of paragraph 20(14)(a) that the amount of accrued interest must be included in the transferor's income before the transferee of the debt obligation can deduct it under paragraph 20(14)(b). In my view, the section was designed to provide for the apportionment of accrued interest as between the transferor and transferee of a bond or other debt obligation where the same is transferred between interest dates, thus avoiding the incidence of double taxation.

The appellants were therefore not entitled to rely on the deduction provision, as there was no evidence that the interest sought to be deducted was included in the income of the transferor during the years in question. Relying on the reasoning of the Tax Appeal Board in *Courtright, supra*, and in *Hill, supra*, McNair J. allowed the appeals.

Federal Court of Appeal, 92 D.T.C. 6388 (Isaac C.J., Heald and Stone J.J.A.)

Writing for the Federal Court of Appeal, Stone J.A. approached the matter by considering, in light of economic and commercial reality, the purpose of s. 20(14) at the time it was adopted. Stone J.A. relied on the reasons of this Court in *Stuart Investments Ltd.*, *supra*, and *McClurg v. Canada*,

teur du transfert était exonéré d'impôt. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les appelants remplitaient les conditions de la disposition d'exemption et il a accueilli les appels des contribuables avec dépens.

Cour fédérale, Section de première instance, 90 D.T.C. 6111 (le juge McNair)

Le juge McNair a souscrit à la conclusion de fait du juge de la Cour de l'impôt voulant que l'intérêt se soit accumulé sur la dette pendant la suspension de son remboursement. Toutefois, le juge McNair a rejeté l'interprétation que les appelants ont proposée et que le juge de la Cour de l'impôt a retenue comme étant celle qu'il convient de donner au par. 20(14). Invoquant l'arrêt de notre Cour *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, il conclut, à la p. 6115:

... l'on ne peut ignorer la condition qui est énoncée à l'alinéa 20(14)a), soit l'inclusion du montant d'intérêts accumulés dans le revenu du cédant pour que le cessionnaire de la dette obligataire puisse le déduire en vertu de l'alinéa 20(14)b). À mon avis, l'article visait à répartir les intérêts accumulés entre le cédant et le cessionnaire d'une obligation ou d'une autre dette obligataire lorsque celle-ci est transférée entre des dates de paiement d'intérêts, ce qui permet d'éviter la double imposition.

Les appelants ne pouvaient donc invoquer la disposition en matière de déduction puisqu'il n'y avait aucune preuve que l'intérêt qu'ils cherchaient à déduire avait été inclus dans le revenu de l'auteur du transfert au cours des années en question. Le juge McNair a accueilli les appels en se fondant sur le raisonnement que la Commission de révision de l'impôt a adopté dans les décisions *Courtright* et *Hill*, précitées.

Cour d'appel fédérale, 92 D.T.C. 6388 (le juge en chef Isaac et les juges Heald et Stone)

S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Stone a abordé l'affaire en examinant, à la lumière de la réalité économique et commerciale, l'objectif du par. 20(14) à l'époque où il a été adopté. Il s'est fondé sur les motifs de notre Cour dans les arrêts *Stuart Investments Ltd.*, précité, et

[1990] 3 S.C.R. 1020, which indicated that the object and spirit of the section should be derived from the existing jurisprudence. Stone J.A. found at p. 6393 that the purpose of s. 20(14) was the avoidance of double taxation:

The effect is that, ordinarily, interest which accrues before the transfer date becomes taxable in the hands of the transferor only and that the transferee is taxable on the interest which accrues after that date.

In the view of Stone J.A., when this purpose was compared to the specific transaction at issue, it was clear that the board did not receive payment from the appellants for the interest which had accrued on the debt obligations during the two-year period immediately following the agreement to transfer these debts at a later date. What bound the board to carry out the transfer was not the nominal monetary consideration received, but rather the fulfilment by the appellants of their promise to operate the company in a business-like manner. Similarly, the objectives of the appellants were not to purchase accrued interest by acquiring debt obligations, but rather to take control of a company in distress and turn its fortunes around, to the benefit of themselves and its employees. Stone J.A. stated at pp. 6393-94:

In my opinion, the subsection was not intended to apply in such unique circumstances. If, on the other hand, the debt obligation could be viewed as one to which the subsection applies, I would agree that a deduction under paragraph (b) is not available because it has not been shown that the Board, whose identity is unquestioned, included the same amount in computing its income. In my view, the word "and" at the end of paragraph (a) and the object and spirit of the subsection support this construction.

Stone J.A. concluded that the deduction was not open to the appellants, and dismissed the appeals with costs.

IV. Issues

1. Whether the transaction at issue in these appeals falls within the ambit of s. 20(14) of the *Income Tax Act*; and

McClurg c. Canada, [1990] 3 R.C.S. 1020, suivant lesquels l'objet et l'esprit de l'article doivent être puisés dans la jurisprudence existante. Le juge Stone conclut, à la p. 6393, que le par. 20(14) a pour but d'éviter la double imposition:

L'effet est le suivant: habituellement, les intérêts qui s'accumulent avant la date du transfert ne sont imposables qu'entre les mains de l'auteur du transfert, et le bénéficiaire du transfert est imposable sur les intérêts qui s'accumulent après cette date.

De l'avis du juge Stone, lorsque cet objectif est analysé en fonction de l'opération en cause, il est évident que la commission n'a reçu des appelants aucun paiement pour l'intérêt qui s'est accumulé sur les titres de créance au cours des deux années qui ont suivi immédiatement l'entente prévoyant le transfert subséquent de ces dettes. Ce n'est pas la contrepartie monétaire symbolique reçue qui obligeait la commission à effectuer le transfert, mais plutôt le respect par les appelants de leur promesse d'exploiter la compagnie d'une manière sérieuse. De même, par l'acquisition des titres de créance, les appelants ne cherchaient pas tant à acquérir des intérêts accumulés qu'à prendre le contrôle d'une société en difficulté afin de la remettre sur la bonne voie, à leur propre bénéfice et à celui des employés. Le juge Stone déclare, aux pp. 6393 et 6394:

Selon moi, le paragraphe n'était pas censé s'appliquer dans des circonstances aussi particulières. Si, par contre, il était possible de considérer que le titre de créance tombe sous le coup du paragraphe, je conviendrais que l'on ne peut se prévaloir d'une déduction en vertu de l'alinéa b) parce qu'il n'a pas été établi que la Commission, dont l'identité n'est pas mise en doute, a inclus le même montant dans le calcul de son revenu. Selon moi, le mot «et» qui figure à la fin de l'alinéa a) et l'objet et l'esprit du paragraphe étayaient cette interprétation.

Le juge Stone a conclu que les appelants ne pouvaient se prévaloir de la déduction et il a rejeté les appels avec dépens.

IV. Questions en litige

1. L'opération en cause dans les présents pourvois tombe-t-elle sous le coup du par. 20(14) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

2. If so, whether s. 20(14) is to be interpreted as stating that no deduction pursuant to s. 20(14)(b) is available to the transferee unless it is shown that the transferor included this same amount in the computation of its income, pursuant to s. 20(14)(a); and

3. Whether, if the appellants have otherwise fulfilled the requirements for deduction, all of the interest sought to be deducted by them meets the conditions set out in s. 20(14).

V. Analysis

A. *Does This Transaction Come Within the Ambit of Section 20(14) of the Income Tax Act?*

The Federal Court of Appeal, while agreeing with the conclusion of the Trial Division that the appellants were not entitled to a deduction of interest because the board, as a non-taxable entity, had not included that amount in the calculation of its own income, also found against the appellants on another ground. The Court of Appeal held that the transaction in this appeal, within which the accrued interest was transferred, was not meant to give rise to a deduction pursuant to s. 20(14).

For the purposes of analysis, I repeat the operative portion of s. 20(14):

20. ...

(14) Where, by virtue of an assignment or other transfer of a bond, debenture or similar security ... the transferee has become entitled to interest in respect of a period commencing before the time of transfer and ending after that time that is not payable until after the time of the transfer, an amount equal to that proportion of the interest that the number of days in the portion of the period that preceded the day of transfer is of the number of days in the whole period

(a) shall be included in computing the transferor's income for the taxation year in which the transfer was made, and

2. Dans l'affirmative, le par. 20(14) doit-il s'interpréter comme établissant que le bénéficiaire du transfert ne peut se prévaloir de la déduction prévue à l'al. 20(14)(b) que s'il est démontré que l'auteur du transfert a inclus le même montant dans le calcul de son revenu conformément à l'al. 20(14)(a)?

3. Si les appelants ont par ailleurs rempli les conditions d'application de la déduction, l'intérêt qu'ils cherchent à déduire satisfait-il en totalité aux conditions énoncées au par. 20(14)?

V. Analyse

A. *L'opération en cause tombe-t-elle sous le coup du paragraphe 20(14) de la Loi de l'impôt sur le revenu?*

Si elle a souscrit à la conclusion de la Section de première instance que les appelants n'avaient pas droit à une déduction d'intérêt pour le motif que la commission, à titre d'entité exonérée d'impôt, n'avait pas inclus le montant dans le calcul de son propre revenu, la Cour d'appel fédérale a également débouté les appelants pour un autre motif. Elle a conclu que l'opération en cause dans le présent pourvoi, dans le cadre de laquelle l'intérêt accumulé a été transféré, n'était pas destinée à donner lieu à une déduction fondée sur le par. 20(14).

Pour les fins de l'analyse, je reproduis de nouveau la partie essentielle du par. 20(14):

20. ...

(14) Lorsque, en raison d'une cession ou autre transfert d'une obligation ou d'une valeur semblable [...] le bénéficiaire du transfert a obtenu le droit à un intérêt, relativement à une période commençant avant la date du transfert et se terminant après cette date, qui n'est payable qu'après la date du transfert, une somme égale à la fraction de l'intérêt représentée par le rapport entre le nombre de jours dans la partie de la période qui a précédé la date du transfert et le nombre de jours dans la période totale,

a) sera incluse dans le calcul du revenu de l'auteur du transfert pour l'année d'imposition dans laquelle le transfert a eu lieu, et

(b) may be deducted in computing the transferee's income for a taxation year in the computation of which there has been included

(i) the full amount of the interest under section 12, or

(ii) a portion of the interest under paragraph (a).

In order to come within the opening words of the subsection, two conditions must be satisfied. First, there must be an assignment or a transfer of a debt obligation. Second, the transferee must become entitled, as a result of the transfer, to interest accruing before the date of the transfer but not payable until after that date. All of the courts below agreed that these two conditions were met in fact.

However, the Federal Court of Appeal, the only court to deal with this point, took the view that the transaction in question in this appeal was nonetheless not included within the class of transactions giving rise to a deduction pursuant to this section. The Court of Appeal held that this transfer of accrued interest was not in accord with the purpose of the section, when the section was viewed in light of economic and commercial reality. In its view, the object or spirit of the provision was the avoidance of double taxation, and the transfer between the board and the appellants had nothing to do with such a purpose. An evaluation of the correctness of this conclusion requires first, a review of the proper approach to the interpretation of taxing statutes and, second, a closer scrutiny of the transaction that took place between the appellants and the board.

The starting point for this inquiry is the judgment of this Court in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, *supra*. That case concerned a sale of assets from one sister company to another. The transferee ran the transferor's business as agent for the transferor, and sought to avail itself of a deduction of the transferor's loss carry-forward. Estey J. reaffirmed the traditional position that the taxpayer is entitled to structure his or her affairs so as to avoid liability for tax. He also noted that the legislature provided general standards for the determi-

b) peut être déduite lors du calcul du revenu du bénéficiaire du transfert pour une année d'imposition, calcul dans lequel a été inclus

(i) le montant total de l'intérêt en vertu de l'article 12, ou

(ii) la partie de l'intérêt en vertu de l'alinéa a).

Pour qu'une opération tombe sous le coup de la partie liminaire du paragraphe, elle doit satisfaire à deux conditions. Premièrement, il doit y avoir cession ou transfert d'un titre de créance. Deuxièmement, le bénéficiaire du transfert doit obtenir le droit, en raison du transfert, à l'intérêt qui s'accumule avant la date du transfert, mais qui n'est payable qu'après cette date. Les tribunaux de juridiction inférieure ont tous convenu que ces deux conditions étaient effectivement remplies.

Toutefois, selon la Cour d'appel fédérale, l'unique tribunal à s'être penché sur ce point, l'opération ici en cause n'était cependant pas de celles qui donnent lieu à une déduction en vertu de la disposition concernée. La Cour d'appel a conclu que ce transfert d'intérêts accumulés n'était pas conforme à l'objet de la disposition considérée à la lumière de la réalité économique et commerciale. À son avis, il était de l'objet et de l'esprit de la disposition d'éviter la double imposition, et le transfert effectué entre la commission et les appelants n'avait rien à voir avec un tel objectif. Pour évaluer la justesse de cette conclusion, il faut d'abord analyser la façon dont il convient d'aborder l'interprétation des lois fiscales, pour ensuite examiner de plus près l'opération intervenue entre les appelants et la commission.

Le point de départ de cette analyse est l'arrêt de notre Cour *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, précité. Il y était question de la vente de l'actif d'une compagnie à une autre compagnie sœur. Le bénéficiaire du transfert a exploité l'entreprise de l'auteur du transfert à titre de mandataire de ce dernier, et il a cherché à se prévaloir d'une déduction du report des pertes de celui-ci. Le juge Estey a confirmé de nouveau la position traditionnelle voulant que le contribuable ait le droit d'organiser ses affaires de façon à éviter l'assujettissement à

nation of what sort of tax avoidance mechanisms are unacceptable. Where these limitations are inapplicable, the court has no authority to legislate additional ones.

However, the courts will not permit the taxpayer to take advantage of deductions or exemptions which are founded on a sham transaction. Such a situation would arise where (at p. 572):

The transaction and the form in which it was cast by the parties and their legal and accounting advisers [can] be said to have been so constructed as to create a false impression in the eyes of a third party, specifically the taxing authority.

In this case, the respondent agrees that this transaction cannot be characterized as a sham. There was a legally valid transfer of the assets of the company to the appellants, and a subsequent transfer to them of the company's debt obligations.

Estey J. went on to reject the submission that the courts should adopt a test which required a strict business purpose for the transaction, independent of the goal of tax avoidance, before an entitlement to a deduction or exemption would be recognized. In his view, this would run counter to the modern legislative intent infusing the provisions of the *Income Tax Act*. The statute had to be viewed as not only a tool for raising revenue, but also as a device for the attainment of certain economic policy objectives. Estey J. concluded at p. 576:

It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretive technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions.

In this appeal, the appellants argue that their transaction was not structured so as to defeat the intention of Parliament. They sought to acquire the company's debt to preserve their economic control

l'impôt. Il a également souligné que le législateur énonçait des normes générales permettant de déterminer quels mécanismes d'évitement fiscal sont inacceptables. Si ces limites ne s'appliquent pas, le tribunal n'a pas le pouvoir d'en ajouter d'autres.

Cependant, les tribunaux ne permettront pas au contribuable de tirer profit de déductions ou d'exemptions fondées sur une opération trompe-l'œil. Tel est le cas si (à la p. 572):

On [...] peut soutenir que l'opération elle-même et la forme dans laquelle les parties, leurs conseillers juridiques et comptables l'ont réalisée l'ont été de manière à créer une fausse impression pour les tiers, notamment les autorités fiscales.

En l'espèce, l'intimée convient que l'opération en cause ne peut être qualifiée de trompe-l'œil. Il y a eu un transfert légalement valide de l'actif de la compagnie aux appelants, puis un transfert subséquent des titres de créance de la compagnie à ces derniers.

Le juge Estey a ensuite rejeté la prétention que les tribunaux devraient soumettre le droit à une déduction ou à une exemption à un critère exigeant que l'opération vise un objet strictement commercial, qui soit indépendant de l'objectif d'évitement fiscal. À son avis, cela irait à l'encontre de l'intention moderne du législateur qui sous-tend les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La loi en cause devait être considérée non seulement comme un moyen de percevoir des revenus, mais également comme un moyen d'atteindre certains objectifs de politique économique. Le juge Estey conclut, à la p. 576:

Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales.

En l'espèce, les appelants font valoir que leur opération n'était pas structurée de manière à contrecarrer l'intention du législateur. Ils ont cherché à acquérir la dette de la compagnie afin d'en conser-

of the company. The respondent argues that the conduct of the taxpayers in this case does not fall within the object and spirit of s. 20(14), and that to interpret the section to cover the transaction in this appeal is to give to the appellants a windfall not intended by Parliament.

In my view, this disagreement can be resolved by viewing the passage of Estey J. quoted above in the context of his subsequent comments on statutory interpretation. After setting out the traditional approach of strict construction of taxing statutes, Estey J. notes at p. 578:

Gradually, the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable.

Estey J. relied at p. 578 on the following passage from Dreidger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

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

It is this principle that must prevail unless the transaction is a sham or is so blatantly synthetic as to be effectively artificial. As Estey J. concludes at p. 580:

... where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

This principle is determinative of the present dispute. While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and com-

ver le contrôle économique. L'intimée soutient que la conduite des contribuables dans la présente affaire ne tombe pas sous le coup de l'objet et de l'esprit du par. 20(14), et qu'interpréter cette disposition de façon à ce qu'elle vise l'opération ici en cause revient à faire profiter les appelants d'une aubaine non souhaitée par le législateur.

À mon avis, il est possible de régler ce désaccord en examinant le passage précité du juge Estey dans le contexte de ses commentaires subséquents sur l'interprétation législative. Après avoir exposé la méthode traditionnelle de l'interprétation stricte des lois fiscales, le juge Estey fait remarquer, à la p. 578:

Comme nous l'avons vu, le rôle des lois fiscales a changé dans la société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt.

Le juge Estey s'appuie, à la p. 578, sur le passage suivant tiré de la p. 87 de l'ouvrage de Dreidger, intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983):

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

C'est ce principe qui doit prévaloir à moins que l'opération ne soit un trompe-l'œil ou qu'elle ne soit si manifestement synthétique qu'elle est en réalité artificielle. Le juge Estey conclut, à la p. 580:

... si le contenu de la Loi, lorsque la disposition en cause est interprétée dans son contexte, est clair et précis et que la Loi ne comporte pas d'interdiction qui vise le contribuable, celui-ci est libre de se prévaloir des dispositions avantageuses en cause.

Ce principe est déterminant dans le présent litige. Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale,

mercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed: *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 194; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

It is quite true that, as the respondent points out, this transaction was not one where a debt obligation was purchased on the open market. It is equally true that the motivation of the parties was not specifically to buy and sell accrued interest. The parties were concerned with returning the company to a solvent and stable position so as to generate profit and preserve jobs in a small community. All this, however, is somewhat tangential to the application of s. 20(14). The section requires the transfer of a debt obligation whose value includes interest accruing before the date of transfer, but payable after that date. The motives of the parties, and the setting in which the transfer took place, are simply not determinative of the application of the subsection.

The respondent relies on two cases in which deductions under s. 20(14) were disallowed because of the nature of the transactions at issue. In my view, these cases are distinguishable from the present appeal. The first of these is *Courtright v. M.N.R.*, *supra*. In that case the taxpayer purchased Government of Canada bonds with accrued interest shortly before maturity. The taxpayer had the bonds delivered to his bank as collateral against a loan and, on maturity, the bonds were redeemed and credited to the taxpayer. The taxpayer sought to deduct as an interest expense the interest accruing prior to the transfer.

The Minister opposed this deduction on three grounds. First, the Minister argued that the bonds were not "assigned" or "transferred" to the taxpayer within the meaning of s. 20(14). Second, the Minister argued that the accrued interest on transfer was capital in the hands of the taxpayer such that no interest was earned from the ownership of the bonds within the meaning of s. 12(1)(c) of the *Income Tax Act*. Finally, the Minister argued that

ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté: *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 194; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

Il est tout à fait vrai, comme l'intimée le fait remarquer, que l'opération en l'espèce n'a pas consisté à acheter un titre de créance sur le marché libre. Il est également vrai que les parties ne cherchaient pas précisément à acheter et à vendre l'intérêt accumulé. Leur souci était de restaurer la rentabilité et la stabilité de la compagnie de façon à produire des bénéfices et à conserver des emplois au sein d'une petite collectivité. Cependant, tout cela diverge quelque peu de l'application du par. 20(14). La disposition requiert le transfert d'un titre de créance dont la valeur inclut l'intérêt qui s'accumule avant la date du transfert, mais qui est payable après cette date. Les motifs des parties et le cadre dans lequel le transfert a été effectué ne sont tout simplement pas déterminants pour ce qui est de l'application du paragraphe.

L'intimée invoque deux affaires dans lesquelles les déductions prévues au par. 20(14) ont été rejetées en raison de la nature des opérations en cause. À mon avis, ces affaires se distinguent du présent pourvoi. Dans la première, l'affaire *Courtright c. M.N.R.*, précitée, le contribuable avait acheté des obligations du gouvernement du Canada avec intérêt accumulé peu avant leur échéance. Les obligations ont été livrées à la banque du contribuable à titre de garantie d'un emprunt et, à l'échéance, elles ont été rachetées et créditées au contribuable. Ce dernier a tenté de déduire, à titre de frais d'intérêt, l'intérêt accumulé avant le transfert.

Le Ministre s'est opposé à cette déduction pour trois motifs: d'abord, les obligations n'ont pas été «cédées» ni «transférées» au contribuable, au sens du par. 20(14); ensuite, l'intérêt accumulé lors du transfert était un capital entre les mains du contribuable de sorte qu'aucun intérêt n'était tiré de la propriété des obligations, au sens de l'al. 12(1)(c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; enfin, aucun intérêt n'était à recevoir dans l'année d'imposition

no interest was receivable in the 1975 taxation year within the meaning of s. 12(1)(c). As is evident then, the issue in *Courtright* was whether the taxpayer met the terms of these sections on their face. This required some consideration of the commercial reality of the transaction, but did not involve disallowing reliance on a provision when the factual requirements for its application were met.

In this appeal, despite conceding that these factual elements are present, the respondent is asking the Court to examine and evaluate the transaction in and of itself, and to conclude that the transaction is somehow outside the scope of the section in issue. In the absence of evidence that the transaction was a sham or an abuse of the provisions of the Act, it is not the rôle of the court to determine whether the transaction in question is one which renders the taxpayer deserving of a deduction. If the terms of the section are met, the taxpayer may rely on it, and it is the option of Parliament specifically to preclude further reliance in such situations.

The respondent also relies on another "bond flip" case, *Hill v. M.N.R.*, *supra*. There the taxpayer sold a quantity of bonds within four days of their purchase. Again the Minister supported the disallowance of the deduction by arguing that there had been no assignment or transfer within the meaning of s. 20(14), and that the taxpayer was not entitled to interest within the meaning of that section. The Minister also argued that no interest was receivable within the meaning of s. 12(1)(c). Chairman Cardin found at p. 170:

The evidence forces me to conclude that what we have here is a classic example of so-called bond flip transactions, the very nature of which and indeed their ultimate purpose and use do not . . . meet the requirements of Section 20(14) of the Act.

Chairman Cardin stated that there was no evidence that there had been any physical transfer and assignment of the bonds to the taxpayer. After discussing the relationship of s. 20(14)(a) and s.

1975, au sens de l'al. 12(1)c). Il est donc évident que la question dans l'affaire *Courtright* était de savoir si le contribuable remplissait les conditions qui ressortent à première vue de ces dispositions. Il fallait jusqu'à un certain point tenir compte de la réalité commerciale de l'opération, sans toutefois refuser au contribuable le droit d'invoquer une disposition dont les conditions factuelles d'application étaient remplies.

En l'espèce, même si elle concède que ces éléments factuels sont présents, l'intimée demande à la Cour d'examiner et d'évaluer l'opération elle-même et de conclure qu'elle est d'une manière ou d'une autre hors de la portée de la disposition en question. En l'absence d'une preuve que l'opération est un trompe-l'œil ou qu'elle représente un abus des dispositions de la Loi, il n'appartient pas à un tribunal de déterminer si elle rend le contribuable admissible à une déduction. Si les conditions de l'article sont remplies, le contribuable peut l'invoquer et il est loisible au législateur de lui interdire expressément de les invoquer à l'avenir dans de telles situations.

L'intimée invoque une autre affaire de transaction rapide sur obligations. Dans l'affaire *Hill c. M.N.R.*, précitée, le contribuable a vendu une quantité d'obligations dans les quatre jours suivant leur achat. Là encore, le Ministre a refusé la déduction en soutenant qu'il n'y avait eu ni cession ni transfert au sens du par. 20(14), et que le contribuable n'avait pas droit à l'intérêt au sens de cette même disposition. Le Ministre a également fait valoir qu'aucun intérêt n'était à recevoir au sens de l'al. 12(1)c). Le président Cardin conclut ceci, à la p. 170:

D'après la preuve, je suis obligé de conclure que nous sommes en présence d'un exemple classique de ce qu'il est convenu d'appeler une transaction rapide sur obligations, dont la nature même et, en fait, le but et l'emploi ultimes ne [. . .] satisfont pas [. . .] aux exigences contenues au paragraphe 20(14) de la Loi.

Le président Cardin a déclaré qu'aucune preuve n'établissait l'existence d'une cession ou d'un transfert matériel des obligations du contribuable. Après avoir analysé la relation entre l'al. 20(14)a)

20(14)(b), an issue which is dealt with later in these reasons, he stated at p. 171:

What I find to be contrary to the provisions of Section 20(14) of the Act is that the taxpayer in acquiring and in disposing of the bonds within a very short period of time, confers upon himself simultaneously the role of both the transferor and transferee of the bonds in each of the transactions. This sort of artificial blending of the role of transferor and transferee by the taxpayer in the acquisition and disposition of bonds in bond flip cases does not, in my view, come within the wording and the meaning of the interest of Section 20(14) of the Act.

The reasoning in this case does not assist the respondent herein. The Tax Review Board in *Hill* was again faced with the basic question of the applicability of s. 20(14) on the terms of its own express wording. This required an analysis of the transaction which occurred, but did not dilute or obscure the plain meaning of the requirements of the section. The board found that no transfer or assignment had been proved. The alternate conclusion of the board that this sort of transaction did not create a transfer of accrued interest was again based on an analysis of the transaction, and not a reinterpretation of a clearly drafted subsection. The board found that the transfer was artificial, since the taxpayer acted as both transferor and transferee for bonds that were acquired and resold almost instantaneously.

In this case, the substance of the transaction meets the requirements of s. 20(14). The respondent argues that the transaction in this appeal is akin to a "bond flip" in that it is obvious from the nominal monetary consideration paid for the transfer of the debt obligation that its purchase price did not reflect the fact that interest had accrued. The Court of Appeal found, as did the other courts below, that a purchase of accrued interest by the appellants in the acquisition of debt obligations did occur. Once that is established, the adequacy of the consideration is not relevant, absent allegations of artificiality or of a sham. The issue in all commercial transactions, where there is no claim of uncon-

et l'al. 20(14)b), un point étudié plus loin dans les présents motifs, il dit, à la p. 171:

Selon moi, ce qui est contraire au paragraphe 20(14) de la Loi est le fait que le contribuable, en faisant l'acquisition et en disposant des obligations dans un laps de temps très court, a joué en même temps le rôle de cédant et celui de cessionnaire des obligations au cours de chacune des transactions. Cette sorte de confusion artificielle des rôles de cédant et de cessionnaire joués par le contribuable lors de l'acquisition et de la disposition d'obligations, dans des cas de transactions rapides sur obligations, n'est pas visée, d'après moi, par le libellé et le sens du mot intérêt figurant au paragraphe 20(14) de la Loi.

Le raisonnement adopté dans cette affaire n'aide pas l'intimée en l'espèce. Dans l'affaire *Hill*, la Commission de révision de l'impôt était encore une fois saisie de la question fondamentale de l'applicabilité du par. 20(14) selon son propre texte explicite. C'est pourquoi il fallait analyser l'opération donnée sans que le sens ordinaire des conditions énoncées dans la disposition ne s'en trouve dilué ou obscurci. La commission a conclu qu'on n'avait démontré l'existence d'aucun transfert ni d'aucune cession. En se fondant encore une fois sur l'analyse de l'opération et non sur une nouvelle interprétation d'un paragraphe clairement rédigé, elle a également conclu que cette forme d'opération n'engendrait pas un transfert d'intérêt accumulé. La commission a jugé le transfert artificiel, le contribuable ayant agi à la fois comme auteur et bénéficiaire du transfert d'obligations acquises et revendues presque simultanément.

En l'espèce, l'opération satisfait essentiellement aux exigences du par. 20(14). L'intimée soutient que l'opération est semblable à une «transaction rapide sur obligations» en ce qu'il ressort clairement de la somme symbolique versée en contrepartie du transfert du titre de créance que son prix d'achat ne reflétait pas l'intérêt accumulé. La Cour d'appel a conclu, à l'instar des autres tribunaux de juridiction inférieure, que les appelants ont effectivement acheté l'intérêt accumulé en acquérant les titres de créance. Une fois que cela est établi, la suffisance de la contrepartie n'est pas pertinente en l'absence d'allégations de caractère artificiel ou de trompe-l'œil. Dans toutes les opérations commer-

scionability or of a similar vitiating factor, is the validity of the consideration. This principle is recognized in Interpretation Bulletin IT-410R, "Debt Obligations — Accrued Interest on Transfer", which states (in paragraph 3), "The amount, if any, of the interest determined for the purpose of subsection 20(14) is unaffected by either the prospects of its payment or non-payment or the nature or value of any consideration given by the transferee". Moreover, the consideration for the transfer at issue in this appeal included not only the nominal \$10, but also the undertaking to operate the company in a good and business-like manner. It was only in fulfilment of this latter promise that the corresponding promise by the board to transfer the debt obligations became binding.

This transaction was obviously not a sham. The terms of the section were met in a manner that was not artificial. Where the words of the section are not ambiguous, it is not for this Court to find that the appellants should be disentitled to a deduction because they do not deserve a "windfall", as the respondent contends. In the absence of a situation of ambiguity, such that the Court must look to the results of a transaction to assist in ascertaining the intent of Parliament, a normative assessment of the consequences of the application of a given provision is within the ambit of the legislature, not the courts. Accordingly, I find that the transaction at issue comes within s. 20(14).

B. Does Section 20(14) Permit the Deductions?

The respondent argues in the alternative that, even if s. 20(14) is *prima facie* applicable to the transaction in this case, the appellants are not entitled to claim a deduction pursuant to s. 20(14)(b), because the amount of interest accrued prior to the transfer was not included in the calculation of the income of the transferor, as required by s. 20(14)(a). It is not disputed in this case that the board, as transferor, is a non-taxable entity which did not file a tax return in the time period in ques-

tionales, il s'agit de savoir si la contrepartie est valide, lorsqu'il n'y a aucune allégation d'iniquité ou d'autre vice semblable. Ce principe est reconnu dans le bulletin d'interprétation IT-410R, «Créances — Intérêts courus lors d'un transfert», où il est écrit (au troisième paragraphe) que «[l]e montant, s'il y a, de l'intérêt déterminé aux fins du paragraphe 20(14) n'est pas influencé par les chances qu'il a d'être payé ni par la nature ou la valeur de toute contrepartie fournie par le cessionnaire». De plus, le transfert en question dans le présent pourvoi comportait non seulement le paiement de la somme symbolique de 10 \$, mais également l'engagement d'exploiter la compagnie d'une manière convenable et sérieuse. Ce n'est que pour respecter cette dernière promesse que la promesse correspondante de la commission de transférer les titres de créance est devenue exécutoire.

De toute évidence, l'opération ici en cause n'était pas un trompe-l'œil. Les conditions de la disposition ont été remplies d'une manière qui n'était pas artificielle. En l'absence d'ambiguïté des termes de la disposition, il n'appartient pas à notre Cour de conclure que les appelants devraient se voir refuser une déduction parce qu'ils ne méritent pas une «aubaine», comme l'intimée le soutient. En l'absence d'une ambiguïté qui forcerait le tribunal à examiner les résultats de l'opération pour déterminer l'intention du législateur, l'évaluation normative des conséquences de l'application d'une disposition donnée relève du législateur et non des tribunaux. Par conséquent, je conclus que l'opération en cause en l'espèce tombe sous le coup du par. 20(14).

B. Le paragraphe 20(14) permet-il les déductions?

L'intimée soutient subsidiairement que, même si le par. 20(14) s'applique à première vue à l'opération ici en cause, les appelants ne peuvent demander une déduction conformément à l'al. 20(14)(b) puisque l'intérêt accumulé avant le transfert n'a pas été inclus dans le calcul du revenu de l'auteur du transfert, comme le requiert l'al. 20(14)(a). Personne ne conteste, en l'espèce, que la commission, à titre d'auteur du transfert, est une entité exonérée d'impôt qui n'a produit aucune déclaration de

tion. The Trial Division found, and the Court of Appeal agreed, that these two paragraphs were to be interpreted conjunctively such that no deduction could be claimed under s. 20(14)(b) in the absence of evidence that the amount deducted had been included in the transferor's income under s. 20(14)(a). The respondent points to the word "and", which links the two subsections, and argues that an interpretation which precludes a deduction, unless the interest is included in the transferor's income, best accords with the object and spirit of the provision.

The respondent characterizes the purpose of s. 20(14) as the avoidance of double taxation. I agree. Section 20(14) operates to apportion accrued interest between transferor and transferee so as to avoid the double taxation that would occur if both parties included all the interest accrued in their respective calculations of income. The interest that has accrued prior to the date of transfer is allocated to the transferor's calculation of income, based presumably on the reasoning that the transferor, as owner of the debt obligation, will be legally entitled to interest up to the date of transfer and that this fact will be reflected in the consideration to be paid by the transferee for the debt obligation. The accrued interest is therefore part of the income of the transferor, and not of the income of the transferee.

The respondent, however, goes on to argue that since amounts received or receivable as interest are included in the calculation of income under s. 12(1)(c), s. 20(14) acts to ensure not only that double taxation is avoided, but also that the entire amount of interest is included in someone's taxable income. In my view, such an assertion transforms the proposition that the section is meant to avoid double taxation into one that the section is designed to ensure taxation of the entire amount of interest accrued during the taxation year. This is, however, not true, since if the board as non-taxable owner of the debt obligation did not transfer it, none of the accrued interest would be taxable. Par-

revenus pendant la période concernée. La Section de première instance a conclu, ce à quoi la Cour d'appel a souscrit, que ces deux alinéas devaient être interprétés conjointement de sorte qu'aucune déduction ne pouvait être réclamée en vertu de l'al. 20(14)(b) en l'absence d'une preuve que le montant déduit avait été inclus dans le revenu de l'auteur du transfert en vertu de l'al. 20(14)(a). Invoquant le mot «et» qui relie les deux alinéas, l'intimée soutient que l'interprétation selon laquelle la déduction n'est pas permise, à moins que l'intérêt ne soit inclus dans le revenu de l'auteur du transfert, est la plus conforme à l'objet et à l'esprit de la disposition.

L'intimée soutient également que le par. 20(14) a pour objet d'éviter la double imposition. Je suis d'accord. Ce paragraphe répartit l'intérêt accumulé entre l'auteur du transfert et son bénéficiaire de manière à éviter la double imposition qui surviendrait si les parties incluaient toutes deux le montant intégral de l'intérêt dans le calcul de leurs revenus respectifs. L'intérêt qui s'est accumulé avant la date du transfert est affecté au calcul du revenu de l'auteur du transfert, vraisemblablement pour le motif que celui-ci, en tant que propriétaire du titre de créance, aura légalement droit à l'intérêt jusqu'à la date du transfert, et que ce fait se reflétera dans la somme que le bénéficiaire du transfert devra verser en contrepartie du titre de créance. L'intérêt accumulé fait donc partie du revenu de l'auteur du transfert et non de celui du bénéficiaire du transfert.

L'intimée poursuit toutefois en faisant valoir que, puisque les montants reçus ou à recevoir à titre d'intérêt sont inclus dans le calcul du revenu conformément à l'al. 12(1)(c), le par. 20(14) fait en sorte que non seulement la double imposition soit évitée, mais encore que le montant total de l'intérêt soit inclus dans le revenu imposable d'un contribuable. À mon avis, cela revient à transformer la proposition suivant laquelle l'article est destiné à éviter la double imposition en une proposition suivant laquelle l'article est destiné à assurer l'imposition du montant total de l'intérêt accumulé au cours de l'année d'imposition. Toutefois, cela n'est pas vrai puisque si, en tant que propriétaire du titre

liament anticipates just such an outcome in creating a tax-exempt status for certain entities. Section 20(14) deals with the allocation of interest. Whether the government will ultimately recover tax on that interest is governed by other sections of the Act.

In this regard I find helpful the comments of M. D. Templeton, in "Subsection 20(14) and the Allocation of Interest — Buyers Beware" (1990), 38 *Can. Tax J.* 85, at pp. 87-88, on the reasons of the Trial Division on this point:

... no words in subsection 20(14) or the Act as a whole make paragraph (b) of the subsection conditional on the application of paragraph (a). On the contrary, the grammatical construction of subsection 20(14) suggests that paragraphs (a) and (b) become applicable, independent of one another, once the conditions set out in the paragraph of subsection 20(14) that precedes paragraphs (a) and (b) are met.

The grammatical structure of subsection 20(14) is similar to a number of other provisions in the Act in which Parliament lists the income tax consequences that arise when certain preconditions are met. Usually, the preconditions are set out in an introductory paragraph or paragraphs and the consequences in separate subparagraphs. We do not know of any canon of statutory interpretation that makes a tax consequence listed in the text of a provision subject to the taxpayer's compliance with all the other tax consequences listed before it.

To carry this observation further, where specific provisions of the *Income Tax Act* intend to make the tax consequences for one party conditional on the acts or position of another party, the sections are drafted so that this interdependence is clear: see, e.g., ss. 68, 69(5), 70(2), (3) and (5).

The respondent relies on the comments of the Tax Review Board in *Courtright*, *supra*, and in *Hill*, *supra*, that the entitlement to a deduction under s. 20(14)(b) is dependent upon inclusion by the transferor in income of the amount sought to be deducted, pursuant to s. 20(14)(a). The state-

de créance exonéré d'impôt, la commission ne l'a pas transféré, aucune partie de l'intérêt accumulé ne sera imposable. C'est exactement ce que prévoit le législateur lorsqu'il exempte d'impôt certaines entités. Le paragraphe 20(14) traite de la répartition de l'intérêt. La question de savoir si le gouvernement recouvrera l'impôt en fin de compte est régie par d'autres articles de la Loi.

À cet égard, je considère utiles les commentaires que M. D. Templeton fait sur les motifs de la Section de première instance, dans «Subsection 20(14) and the Allocation of Interest — Buyers Beware» (1990), 38 *Can. Tax J.* 85, aux pp. 87 et 88:

[TRADUCTION] ... les termes du paragraphe 20(14) ou de la Loi dans son ensemble n'assujettissent pas l'al. b) du paragraphe à l'application de l'al. a). Au contraire, la structure grammaticale du paragraphe 20(14) donne à entendre que les al. a) et b) deviennent applicables, indépendamment l'un de l'autre, dès que sont remplies les conditions énoncées dans la partie du paragraphe 20(14) qui précède les al. a) et b).

La structure grammaticale du paragraphe 20(14) est semblable à de nombreuses autres dispositions de la Loi où le législateur énumère les conséquences fiscales qui découlent du fait que certaines conditions préalables sont remplies. En général, les conditions préalables sont énoncées dans un seul ou plusieurs paragraphes introductifs et les conséquences, dans des alinéas distincts. Nous ne connaissons aucun principe d'interprétation législative qui assujettisse une conséquence fiscale énumérée dans le texte d'une disposition au respect par le contribuable de toutes les autres conséquences fiscales énumérées avant celle-ci.

Si on pousse ce commentaire plus loin, lorsque des dispositions précises de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visent à rendre les conséquences fiscales d'une partie conditionnelles aux actes ou à la position d'une autre partie elles sont rédigées de manière que cette interdépendance soit claire: voir, par exemple, l'art. 68 ainsi que les par. 69(5), 70(2), (3) et (5).

L'intimée invoque les commentaires de la Commission de révision de l'impôt dans les affaires *Courtright* et *Hill*, précitées, selon lesquels, pour qu'il y ait droit à une déduction fondée sur l'al. 20(14)(b), le montant que l'on cherche à déduire doit avoir été inclus dans le revenu de l'auteur du

ments of the Tax Appeal Board to that effect in those cases were *obiter*, and not necessary to the disposition of those appeals. The "bond flips" were designed to give the taxpayer a double deduction under both s. 20(14)(b) and s. 110.1 (now repealed). They were wholly synthetic transactions that did not even meet the facial requirements of the section, let alone accord with its object and spirit when analyzed in light of economic and commercial reality: see Claude Nadeau, "The Interpretation of Taxing Statutes Since *Stubart*" (1990), 42 *Can. Tax Found.* 49:1, at p. 49:21. As discussed above, the same cannot be said of the transaction in this case. The interpretation of the relationship between paras. (a) and (b) was not necessary to the result reached in those cases and, in my view, should not be considered to be a correct statement of the law.

The same can be said for the more recent decision of the Tax Court in *Husain v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 278. There the court held that the taxpayer could not rely on s. 20(14)(b) to claim a deduction of interest on Canada Savings Bonds which accrued prior to the date of transfer. The taxpayer acquired the bonds under a testamentary disposition from her husband who, at the time of his death, was not a resident of Canada. While the court may well have been correct in concluding that s. 20(14)(a) was inapplicable to the taxpayer's non-resident husband, it does not follow, for the reasons set out above, that the taxpayer should have been disentitled from relying on s. 20(14)(b).

This conclusion is fortified by the consequences that would ensue were s. 20(14) not read in this straightforward manner. Section 20(14) does not draw distinctions between the contexts in which debt instruments are transferred. The interpretation advanced by the Trial Division and endorsed by the Court of Appeal would be equally applicable in open-market bond transactions. It is simply unworkable to require market purchasers to dis-

transfert, conformément à l'al. 20(14)a). Les observations que la Commission de révision de l'impôt a faites en ce sens dans ces affaires étaient incidentes et non nécessaires à la résolution des appels. Les transactions rapides sur obligations visaient à accorder au contribuable une double déduction en vertu de l'al. 20(14)b) et de l'art. 110.1 (maintenant abrogé). C'étaient là des opérations totalement synthétiques qui ne satisfaisaient même pas aux exigences apparentes de l'article et qui étaient encore moins conformes à son objet et à son esprit lorsqu'elles étaient analysées à la lumière de la réalité économique et commerciale: voir Claude Nadeau, «The Interpretation of Taxing Statutes Since *Stubart*» (1990), 42 *Can. Tax Found.* 49:1, à la p. 49:21. Comme nous l'avons vu, on ne peut en dire autant de l'opération en cause dans le présent pourvoi. L'interprétation de la relation entre les al. a) et b) n'était pas nécessaire pour arriver au résultat auquel on a abouti dans ces affaires et, à mon avis, elle ne devrait pas être considérée comme un énoncé correct du droit.

Il en est de même de la décision plus récente de la Cour canadienne de l'impôt *Husain c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 278. Dans cette affaire, la cour a conclu que la contribuable ne pouvait invoquer l'al. 20(14)b) pour déduire l'intérêt sur des obligations d'épargne du Canada qui s'était accumulé avant la date du transfert. La contribuable avait acquis, en vertu d'une disposition testamentaire, les obligations de son conjoint qui, au moment de son décès, n'était pas un résident du Canada. Si le tribunal peut bien avoir conclu à juste titre que l'al. 20(14)a) était inapplicable au conjoint non-résident de la contribuable, il ne s'ensuit pas, pour les motifs exposés ci-dessus, qu'on aurait dû refuser à la contribuable le droit d'invoquer l'al. 20(14)b).

Cette conclusion est renforcée par les conséquences qui découleraient si le par. 20(14) n'était pas interprété d'une manière directe. Le paragraphe 20(14) n'établit aucune distinction entre les contextes dans lesquels les titres de créance sont transférés. L'interprétation avancée par la Section de première instance et endossée par la Cour d'appel s'appliquerait également aux opérations concernant des obligations sur le marché libre. Il est

cern whether the vendor of the bond is tax-exempt in order to be able to assess whether a s. 20(14)(b) deduction is permitted. Without this knowledge, the prospective purchaser would thus be unable to gauge the true value of the security.

Moreover, a debt instrument held by a non-taxable entity would be worth less than an identical instrument held by a body that was liable to tax. Any taxpayer who purchased a security previously held by either the federal or the provincial Crown, or by one of the persons enumerated in s. 149(1) of the Act, would be disentitled from deducting. Given that many of the bonds sold on the open market are sold by the Bank of Canada, a body to whom s. 20(14)(a) does not apply, the interpretation of the section advanced by the respondent would mean that these bonds would have to be sold at a discount compared with identical bonds sold by other parties: Templeton, *supra*, at p. 88; see also John M. Ulmer, "Taxation of Interest Income" (1990), 42 *Can. Tax Found.* 8:1, at p. 8:20.

Therefore, I am of the view that, on the plain meaning of the section, the ability of a taxpayer to claim a deduction pursuant to s. 20(14)(b) is not dependent on the inclusion by the transferor pursuant to s. 20(14)(a) of the same amount in his or her calculation of income. The consequences of this straightforward grammatical reading do not persuade me that it is incorrect. In fact, the opposite is true.

Given that the inability of the transferor to include the amount of accrued interest transferred in its calculation of income is irrelevant to the ability of the appellants to claim a deduction of that interest, and in light of the earlier finding that there was in this case a transfer of a debt obligation which included interest accruing before the transfer but not payable until after the transfer, I am of the view that the appellants are entitled to rely on s. 20(14)(b) to claim a deduction of this interest.

simplement impossible d'exiger des acheteurs sur le marché libre qu'ils discernent si le vendeur de l'obligation est exonéré d'impôt pour être en mesure de déterminer si la déduction en vertu de l'al. 20(14)(b) est permise. Sans cette connaissance, l'acheteur éventuel serait donc incapable d'apprécier la véritable valeur du titre.

En outre, un titre de créance détenu par une entité exonérée d'impôt aurait une valeur inférieure au titre identique détenu par un organisme assujéti à l'impôt. Les contribuables achetant un titre détenu par la couronne fédérale, la couronne provinciale ou l'une des personnes énumérées au par. 149(1) de la Loi, ne pourraient se prévaloir de la déduction. Comme c'est la Banque du Canada, un organisme auquel le par. 20(14) ne s'applique pas, qui vend un bon nombre des obligations vendues sur le marché libre, l'interprétation de l'article avancée par l'intimée signifierait que ces obligations devraient être vendues à rabais comparativement aux obligations identiques vendues par d'autres parties: Templeton, *loc. cit.*, à la p. 88; voir également John M. Ulmer, «Taxation of Interest Income» (1990), 42 *Can. Tax Found.* 8:1, à la p. 8:20.

Aussi suis-je d'avis que, selon le sens ordinaire de la disposition, la capacité du contribuable de demander une déduction conformément à l'al. 20(14)(b) ne dépend pas de l'inclusion par l'auteur du transfert du même montant dans le calcul de son revenu conformément à l'al. 20(14)(a). Les conséquences de cette interprétation grammaticale directe ne me convainquent pas qu'elle est incorrecte. En fait, c'est le contraire.

Comme l'incapacité de l'auteur du transfert d'inclure le montant de l'intérêt accumulé transféré dans le calcul de son revenu n'a rien à voir avec la capacité des appelants de déduire cet intérêt, et compte tenu de la conclusion antérieure qu'il y a eu, en l'espèce, transfert d'un titre de créance qui incluait l'intérêt accumulé avant le transfert, mais payable après celui-ci, je suis d'avis que les appelants peuvent se fonder sur l'al. 20(14)(b) pour déduire cet intérêt.

C. What is the Amount of the Deduction to Which the Appellants are Entitled?

The respondent argued that, if the appellants were entitled to a s. 20(14)(b) deduction, the correct amount of the deduction was far less than the amounts claimed by the appellants. The appellants each claimed a deduction of \$38,335 in the 1977 taxation year, and the appellant Trzop claimed a further \$283,363 in 1980. As will be explained below, the respondent argues that the total deduction to which the appellants were entitled was \$3,345.

It appears that this argument was raised for the first time before the Federal Court, Trial Division. By the operation of the former s. 175(3), this appeal was deemed to be an action in the Trial Division, such that it was permissible to raise this new submission. However, neither the Trial Division nor the Court of Appeal considered the argument, as it was unnecessary to do so, having found that no deduction under s. 20(14) was available. The respondent argued before the Tax Court judge that the accrued interest on the debt was far less than the approximately \$1,000,000 calculated by the appellants, because the promissory notes stated that interest was not payable between 1975 and 1977, pursuant to the agreement between the board and the appellants to suspend repayment of the debt. The Tax Court judge rejected this argument, stating:

It is obvious from the evidence adduced that what happened in the period between 1975 to 1977 was not a forgiveness of the accrued interest, but a suspension thereof. The appellants had the right to sue the company and obtain the accrued interest that they did receive in the years under appeal.

The reasons of the Tax Court judge do not indicate that he considered the alternate argument advanced by the respondent that most of the interest deducted by the appellants did not meet the requirement of s. 20(14) that it must have accrued prior to the transfer but be payable after the transfer. The argument of the respondent, simply put, is that interest on the promissory notes accrued daily

C. Quel montant les appelants peuvent-ils déduire?

L'intimée soutient que si les appelants ont droit à une déduction en vertu de l'al. 20(14)b), elle est de loin inférieure aux montants déduits par les appelants. Chaque appelant a demandé une déduction de 38 335 \$ pour l'année d'imposition 1977 et l'appellant Trzop en a demandé une autre de 283 363 \$ pour 1980. Comme nous l'expliquerons plus loin, l'intimée fait valoir que les appelants n'étaient admissibles qu'à une déduction totale de 3 345 \$.

Il appert que cet argument a été soulevé pour la première fois devant la Cour fédérale, Section de première instance. Conformément à l'ancien par. 175(3), on a présumé que le présent pourvoi constituait une action devant la Section de première instance, de sorte qu'il était possible d'avancer ce nouvel argument. Toutefois, ni la Section de première instance, ni la Cour d'appel ne l'ont étudié car il n'était pas nécessaire de le faire, toutes deux ayant conclu qu'aucune déduction en vertu du par. 20(14) n'était possible. L'intimée a soutenu devant le juge de la Cour de l'impôt que l'intérêt accumulé sur la dette était de beaucoup inférieur à la somme approximative de 1 000 000 \$ calculée par les appelants, puisque les billets à ordre prévoyaient que l'intérêt n'était pas payable entre 1975 et 1977, conformément à l'entente suspendant le remboursement de la dette, intervenue entre la commission et les appelants. Le juge de la Cour de l'impôt rejette cet argument en déclarant:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la preuve produite qu'entre 1975 et 1977 on a non pas fait grâce de l'intérêt accumulé, mais suspendu son remboursement. Les appelants avaient le droit de poursuivre la compagnie ou d'obtenir l'intérêt accumulé qu'ils ont reçu dans les années visées par l'appel.

Les motifs du juge de la Cour de l'impôt n'indiquent pas qu'il a considéré l'argument subsidiaire de l'intimée voulant que la majeure partie de l'intérêt déduit par les appelants ne satisfasse pas à l'exigence du par. 20(14) qu'il ait été accumulé avant le transfert, mais qu'il soit payable après celui-ci. L'intimée soutient simplement que l'intérêt sur les billets à ordre s'accumulait quotidienne-

and was payable monthly, and that interest on the debenture accrued daily and was payable on demand. Therefore, nearly all of the interest accruing during the two-year period during which repayment of the debt was suspended became payable on demand at the time of the transfer of the debt to the appellants. The fact that the appellants chose not to collect on it immediately does not alter that fact.

Therefore, the respondent argues, since this interest was payable at the time of, rather than after, the transfer, it does not meet the terms of s. 20(14). The only interest which satisfies the opening words of the subsection is the interest accruing on the four promissory notes between the June and July payment dates. The appellants are consequently entitled to deduct \$3,325 as the amount which accrued prior to the transfer but was not payable until after the transfer.

This argument cannot succeed. The interest which accrued during the two-year period during which the debt was suspended was payable after the transfer and therefore meets the terms of s. 20(14). This agreement to suspend repayment of accruing interest that would otherwise have been payable was legally enforceable by the appellants so long as they continued to fulfil their part of the agreement. Therefore, the accrued interest was not payable before the transfer.

Moreover, to say that the interest became payable at the very moment of the transfer, rather than after it, is somewhat artificial. It must be remembered that the board, as transferor, could not collect that accrued interest at all, so long as the appellants met the terms of the agreement. Therefore, the interest that accrued during that period became payable on demand immediately after the transfer of the debt to the appellants was completed. I find it difficult to understand how the appellants could have made a valid demand for payment of the interest until after the debt had been fully transferred to them. Therefore, this means that the interest accrued before the transfer

ment et était payable mensuellement, alors que l'intérêt sur la débenture s'accumulait quotidiennement et était payable à demande. Aussi, presque tout l'intérêt accumulé pendant la période de deux ans où le remboursement de la dette était suspendu est devenu payable à demande au moment du transfert de la dette aux appelants. Le fait que les appelants aient choisi de ne pas le percevoir immédiatement n'y change rien.

Par conséquent, soutient l'intimée, puisque cet intérêt était payable au moment du transfert, plutôt qu'après, il ne remplit pas les conditions du par. 20(14). Le seul intérêt qui satisfasse à la partie liminaire du paragraphe est celui qui s'est accumulé sur les quatre billets à ordre entre les dates de paiement de juin et de juillet. Les appelants ont donc le droit de déduire 3 325 \$ à titre d'intérêt accumulé avant le transfert, mais payable seulement après celui-ci.

Cet argument ne saurait être retenu. L'intérêt qui s'est accumulé pendant la période de deux ans où le remboursement de la dette était suspendu était payable après le transfert et il remplit donc les conditions du par. 20(14). Pour autant qu'ils continuaient de respecter leur part du marché, les appelants pouvaient légalement demander l'exécution de l'entente suspendant le remboursement de l'intérêt accumulé qui aurait par ailleurs été payable. L'intérêt accumulé n'était donc pas payable avant le transfert.

En outre, il est quelque peu artificiel d'affirmer que l'intérêt est devenu payable au moment même où le transfert a été effectué plutôt qu'après. Il faut se rappeler que la commission, à titre d'auteur du transfert, ne pouvait pas percevoir cet intérêt accumulé tant que les appelants respectaient les termes de l'entente. Par conséquent, l'intérêt qui s'est accumulé au cours de cette période est devenu payable à demande immédiatement après que le transfert de la dette aux appelants eut été effectué. Il m'est difficile de comprendre comment les appelants auraient pu légitimement demander le paiement de l'intérêt avant que la dette leur soit complètement transférée. Cela signifie donc que l'intérêt s'est accumulé avant le transfert, mais qu'il était payable après celui-ci, et qu'une déduc-

but was payable after that time, and that it gave rise to a permissible deduction under s. 20(14)(b).

VI. Conclusion and Disposition

The appellants are entitled to a deduction of interest accruing prior to the transfer and payable thereafter. The transaction between the appellants and the board meets the requirements of s. 20(14). The interest which accrued during the period that repayment of the debt was suspended did not become payable until after the transfer. However, the parties agree that this result may have other tax consequences for the appellants, such as a taxable capital gain pursuant to s. 40(3). In this connection, these and any other possible consequences can be taken into account by the respondent in reassessment.

Therefore, the appeals are allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside, and the matters referred back to the Minister for reassessment in accordance with these reasons. The appellants shall have their costs here and in the courts below.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Mockler, Allen & Dixon, Fredericton.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

tion pouvait ainsi être demandée en vertu de l'al. 20(14)b).

VI. Conclusion et dispositif

Les appelants peuvent déduire l'intérêt accumulé avant le transfert et payable par la suite. L'opération intervenue entre eux et la commission satisfait aux exigences du par. 20(14). L'intérêt qui s'est accumulé pendant la période où le remboursement de la dette était suspendu n'est devenu payable qu'après le transfert. Les parties conviennent toutefois que ce résultat peut avoir d'autres conséquences fiscales pour les appelants, comme un gain en capital imposable conformément au par. 40(3). À cet égard, ces conséquences et toutes les autres possibles peuvent être prises en considération par l'intimée dans l'établissement d'une nouvelle cotisation.

Les pourvois sont par conséquent accueillis, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé et les affaires sont renvoyées au Ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conformément aux présents motifs. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs des appelants: Mockler, Allen & Dixon, Fredericton.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1994 Vol. 2

3^e cahier, 1994 Vol. 2

Cited as [1994] 2 S.C.R. 339-523

Renvoi [1994] 2 R.C.S. 339-523

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General);
Tabah v. Quebec (Attorney General) 339

Procedure — Interlocutory relief — Documents seized pursuant to provisions of tax legislation — Motions for orders impounding seized documents granted — Documents sealed until final judgment rendered on legality of search warrants — Whether impounding orders should be set aside.

Comité paritaire de l'industrie de la chemise v.
Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise
v. Sélection Milton 406

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Inspections — Powers of inspection of an agency responsible for implementing a government decree in a regulated industrial sector — Whether these powers of inspection, conferred by a provincial statute, infringe s. 8 of the

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général);
Tabah c. Québec (Procureur général) 339

Procédure — Redressement interlocutoire — Documents saisis conformément aux dispositions d'une loi fiscale — Requêtes en vue d'obtenir des ordonnances pour l'entiercement des documents saisis accordées — Documents mis sous scellés jusqu'à ce que jugement final soit rendu sur la légalité des mandats de perquisition — Les ordonnances d'entiercement doivent-elles être annulées?

Comité paritaire de l'industrie de la chemise c.
Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise
c. Sélection Milton 406

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Inspections — Pouvoirs d'inspection d'un organisme chargé de l'application d'un décret

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Charter of Rights and Freedoms — Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 22(e).

Civil rights — Unreasonable search or seizure — Inspections — Powers of inspection of an agency responsible for implementing a government decree in a regulated industrial sector — Whether these powers of inspection, conferred by a provincial statute, infringe s. 24.1 of the Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12 — Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 22(e).

R. v. Boersma..... 488

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Plants cultivated in plain sight on Crown land — No reasonable expectation of privacy — Accused not entitled to protection of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. Giesbrecht..... 482

Criminal law — Evidence — Accused's statements to psychiatrists — Hearsay — No error in trial judge's charge to jury with respect to weight to be given expert psychiatric evidence.

R. v. Godin 484

Criminal law — Assault causing bodily harm — *Mens rea* — Whether intent to wound, maim or disfigure necessary — Whether imposing evidentiary burden on accused misplaced burden of proof placed on accused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1).

R. v. H. (D.S.) and N. (J.D.)..... 392

Appeal — Appellate court — Jurisdiction — Question of law — Trial turning on reliability of witnesses and inferences to be drawn from their evidence — Neither issue raising a question of law and therefore appellate court without jurisdiction.

Criminal law — Appeal — Appellate court — Jurisdiction — Question of law — Trial turning on reliability of witnesses and inferences to be drawn from their evidence — Neither issue raising a question of law and therefore appellate court without jurisdiction.

R. v. McIntyre..... 480

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Accused arrested in connection with murder of nun — Undercover police officer placed in accused's cell to obtain statement but without success — Accused later making inculpatory statements to undercover police officers after being released — Whether accused's right to remain silent infringed — If so, whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

SOMMAIRE (Suite)

gouvernemental à un secteur réglementé de l'industrie — Ces pouvoirs d'inspection conférés par une loi provinciale violent-ils l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 22e).

Libertés publiques — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Inspections — Pouvoirs d'inspection d'un organisme chargé de l'application d'un décret gouvernemental à un secteur réglementé de l'industrie — Ces pouvoirs d'inspection conférés par une loi provinciale violent-ils l'art. 24.1 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12? — Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 22e).

R. c. Boersma..... 488

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de marijuana — Plants cultivés à la vue de tous sur une terre de la Couronne — Aucune attente raisonnable en matière de vie privée — Accusés n'ayant pas droit à la protection de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. c. Giesbrecht..... 482

Droit criminel — Preuve — Déclarations de l'accusé à des psychiatres — Ouf-dire — Aucune erreur dans l'exposé du juge du procès au jury quant au poids à accorder aux témoignages d'expert faits par des psychiatres.

R. c. Godin 484

Droit criminel — Voies de fait causant des lésions corporelles — *Mens rea* — L'intention de blesser, mutiler ou défigurer est-elle nécessaire? — L'imposition de la charge de présentation à l'accusé a-t-elle reporté sur lui la charge de la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 268(1).

R. c. H. (D.S.) et N. (J.D.)..... 392

Appel — Cour d'appel — Compétence — Question de droit — Procès portant sur la fiabilité des témoins et les conclusions à tirer de leur témoignage — Absence de compétence de la Cour d'appel étant donné qu'aucune question de droit n'est soulevée par l'une ou l'autre question en litige.

Droit criminel — Appel — Cour d'appel — Compétence — Question de droit — Procès portant sur la fiabilité des témoins et les conclusions à tirer de leur témoignage — Absence de compétence de la Cour d'appel étant donné qu'aucune question de droit n'est soulevée par l'une ou l'autre question en litige.

R. c. McIntyre..... 480

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Accusé arrêté relativement au meurtre d'une religieuse — Policier banalisé placé dans la cellule de l'accusé pour obtenir une déclaration

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Oommen..... 507

Criminal law — Defences — Insanity — Delusions — Murder — Whether accused lacked capacity to distinguish right from wrong at time of killing — Meaning of phrase "knowing that [the act] was wrong" in s. 16(1) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

R. v. Richer..... 486

Criminal law — First degree murder — Charge to jury — Charge as a whole not containing errors which would have misdirected jury — Conviction upheld.

R. v. Rowbotham; R. v. Roblin..... 463

Criminal law — Jury — Directed verdict — Jury reluctant to accede to trial judge's direction to enter verdict of not guilty — Supreme Court of Canada recommending that procedure for directed verdicts be modified.

R. v. Stellato..... 478

Criminal law — Impaired driving — Proof — Marked departure from normal not necessary — Offence proved by any degree of impairment.

Reza v. Canada..... 394

Courts — Jurisdiction — Procedure — Immigration review and Federal Court appellate processes from decision on refugee claim exhausted — Constitutional challenge of Immigration Act brought in provincial superior court — Motion to stay constitutional challenge granted by motions court judge but overturned on appeal — Whether any basis for Court of Appeal's interference with the motions court judge's exercise of discretion — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C. 43, s. 106 — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 43(1), 44(1), 48, 82.1, 82.2, transitional provisions, as am.

Immigration — Refugee status — Immigration review and Federal Court appellate processes from decision on refugee claim exhausted — Constitutional challenge of Immigration Act brought in provincial superior court — Motion to stay constitutional challenge granted by motions court judge but overturned on appeal — Whether any basis for Court of Appeal's interference with the motions court judge's exercise of discretion.

Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime Life Assurance Co...... 490

Insurance — Policy lapse — Waiver — Insurance premium remaining unpaid after grace period expired — Insurer requesting immediate payment of premium — Whether insurer waived right to compel timely payment under policy — If so, whether waiver still in effect when payment tendered.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

mais sans succès — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à des policiers banalisés alors qu'il avait été relâché — Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

R. c. Oommen..... 507

Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Idées délirantes — Meurtre — L'accusé était-il incapable de distinguer le bien du mal au moment du meurtre? — Sens de l'expression «savoir que l'acte [...] était mauvais» employée à l'art. 16(1) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

R. c. Richer..... 486

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Exposé au jury — L'exposé au jury dans son ensemble ne comportait pas d'erreur ayant pour effet qu'il aurait reçu des directives erronées — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Rowbotham; R. c. Roblin..... 463

Droit criminel — Jury — Verdict imposé — Jury hésitant à suivre les directives du juge du procès de rendre un verdict de non-culpabilité — Recommandation par la Cour suprême du Canada de modifier la procédure pour les verdicts imposés.

R. c. Stellato..... 478

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies — Preuve — Non nécessité d'une dérogation marquée à la normale — Infraction prouvée par tout degré de facultés affaiblies.

Reza c. Canada..... 394

Tribunaux — Compétence — Procédure — Épuisement des procédures de contrôle en matière d'immigration et d'appel à la Cour fédérale à l'encontre d'une décision relative à une revendication du statut de réfugié — Contestation de la constitutionnalité de la Loi sur l'immigration devant la cour supérieure d'une province — Requête visant à surseoir à la contestation constitutionnelle accueillie par le juge des requêtes mais écartée en appel — La Cour d'appel était-elle fondée à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C. 43, art. 106 — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 43(1), 44(1), 48, 82.1, 82.2, dispositions transitoires, et mod.

Immigration — Statut de réfugié — Épuisement des procédures de contrôle en matière d'immigration et d'appel à la Cour fédérale à l'encontre d'une décision relative à une revendication du statut de réfugié — Contestation de la constitutionnalité de la Loi sur l'immigration devant la cour supérieure d'une province — Requête visant à surseoir à la contestation constitutionnelle accueillie par le juge des requêtes mais écar-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Insurance — Relief against forfeiture — Waiver — Insurance premium remaining unpaid after grace period expired — Insurer requesting immediate payment of premium — Whether insurer waived right to compel timely payment under policy — If not, whether relief against forfeiture should be granted under s. 10 of Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1.

SOMMAIRE (Fin)

tée en appel — La Cour d'appel était-elle fondée à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes?

**Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Maritime,
Compagnie d'assurance-vie..... 490**

Assurance — Déchéance de police — Renonciation — Prime d'assurance demeurant impayée à l'expiration du délai de grâce — Assureur demandant le paiement immédiat de la prime — L'assureur a-t-il renoncé au droit d'exiger le paiement dans le délai prévu par la police? — Dans l'affirmative, la renonciation s'appliquait-elle toujours lorsque le paiement a été offert?

Assurance — Levée de déchéance — Renonciation — Prime d'assurance demeurant impayée à l'expiration du délai de grâce — Assureur demandant le paiement immédiat de la prime — L'assureur a-t-il renoncé au droit d'exiger le paiement dans le délai prévu par la police? — Dans la négative, y a-t-il lieu de lever la déchéance aux termes de l'art. 10 de la Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1?

The Minister of Revenue of Quebec, the Deputy Minister of Revenue of Quebec, the Attorney General of Quebec and Robert Paulin *Appellants*

v.

143471 Canada Inc., Leonardo Arcuri, Francesco Milioto, Antonio Facchino, John A. Paoletti, Santo Gracioppo and Casimiro C. Panarello *Respondents*

and between

The Minister of Revenue of Quebec, the Deputy Minister of Revenue of Quebec, the Attorney General of Quebec and François Laramée *Appellants*

v.

Maurice Tabah, 116689 Canada Inc., Les Entreprises immobilières Maurice Tabah Inc., Georges Abouassly, Ibrahim Haddad, Fernand Hétu, Paul-Omer Desrosiers, Me Johanne Piette and Service immobilier Joliette Inc. *Respondents*

INDEXED AS: 143471 CANADA INC. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); TABAH v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 22989.

1993: October 5; 1994: May 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Procedure — Interlocutory relief — Documents seized pursuant to provisions of tax legislation — Motions for orders impounding seized documents granted — Documents sealed until final judgment rendered on legality of search warrants — Whether impounding orders should be set aside.

Le ministre du Revenu du Québec, le sous-ministre du Revenu du Québec, le procureur général du Québec et Robert Paulin *Appellants*

a

c.

143471 Canada Inc., Leonardo Arcuri, Francesco Milioto, Antonio Facchino, John A. Paoletti, Santo Gracioppo et Casimiro C. Panarello *Intimés*

b

c et entre

c

Le ministre du Revenu du Québec, le sous-ministre du Revenu du Québec, le procureur général du Québec et François Laramée *Appellants*

d

c.

Maurice Tabah, 116689 Canada Inc., Les Entreprises immobilières Maurice Tabah Inc., Georges Abouassly, Ibrahim Haddad, Fernand Hétu, Paul-Omer Desrosiers, Me Johanne Piette et Service immobilier Joliette Inc. *Intimés*

e

f

RÉPERTORIÉ: 143471 CANADA INC. c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL); TABAH c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

g N° du greffe: 22989.

1993: 5 octobre; 1994: 26 mai.

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

h

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure — Redressement interlocutoire — Documents saisis conformément aux dispositions d'une loi fiscale — Requêtes en vue d'obtenir des ordonnances pour l'entiercement des documents saisis accordées — Documents mis sous scellés jusqu'à ce que jugement final soit rendu sur la légalité des mandats de perquisition — Les ordonnances d'entiercement doivent-elles être annulées?

i

Commercial documents were seized at the places of business of the corporate respondents and the homes of the respondents Arcuri and Tabah. In both cases the respondents challenged the legality of the search warrants by means of motions in evocation, *certiorari* and *mandamus* in which they sought to quash the warrants and attacked the constitutionality of ss. 40 and 40.1 of the *Act respecting the Ministère du Revenu* ("AMR"), which authorize searches, alleging *inter alia* that these sections infringe ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. By way of interlocutory relief the respondents appended to their actions motions to have all the seized documents impounded pending a final judgment on the legality of the search warrants. In *143471 Canada Inc.*, the Superior Court allowed the motion to impound but dismissed the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus* 15 months later, concluding that s. 40 AMR was constitutional. The respondents appealed that decision. In the meantime the Court of Appeal allowed their motion to impound the seized documents for the duration of the appeal. While this Court's judgment on the appeal from that decision was still under reserve, the Court of Appeal dismissed the appeal with respect to the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus*. In *Tabah*, the Superior Court allowed the motion to impound and the Court of Appeal dismissed the appellants' appeal from that judgment. This appeal raises the question whether interlocutory relief in the form of an impounding order should be granted until the validity of the provisions in the AMR authorizing searches has been determined under the *Charter*.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: In considering an interim measure in the context of a *Charter* challenge to the validity of the underlying law, a court must consider three criteria: (1) the seriousness of the question to be tried; (2) the possibility of irreparable harm to the applicant if the interim order is refused; and (3) the balance of inconvenience caused to the parties by the interim order. A consideration of these three criteria in this case leads to the conclusion that the impounding orders should be maintained.

First, there is a serious question of law raised in this case.

Second, if the respondents are successful in the main applications, they would suffer irreparable harm if the

Des documents de nature commerciale ont été saisis aux places d'affaires des sociétés intimées de même qu'aux domiciles des intimés Arcuri et Tabah. Dans les deux affaires, les intimés contestent la légalité des mandats de perquisition au moyen de requêtes en évocation, *certiorari* et *mandamus* dans lesquelles ils demandent l'annulation des mandats et attaquent la constitutionnalité des art. 40 et 40.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu* («LMR») qui autorisent les perquisitions, alléguant entre autres que ces articles contreviennent aux art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À titre de redressement interlocutoire, les intimés joignent à leurs recours des requêtes en entiercement de tous les documents saisis jusqu'à ce qu'un jugement final soit rendu sur la légalité des mandats de perquisition. Dans l'affaire *143471 Canada Inc.*, la Cour supérieure accueille la requête en entiercement mais rejette 15 mois plus tard la requête en évocation, *certiorari* et *mandamus*, concluant à la constitutionnalité de l'art. 40 LMR. Les intimés porte cette décision en appel. Entre temps, la Cour d'appel accueille leur requête en entiercement des documents saisis pour valoir durant l'appel. Durant le délibéré de l'appel de cette décision devant notre Cour, la Cour d'appel rejette l'appel relatif à la requête en évocation, *certiorari* et *mandamus*. Dans l'affaire *Tabah*, la Cour supérieure accueille la requête en entiercement et la Cour d'appel rejette l'appel interjeté par les appelants à l'encontre de ce jugement. Le présent pourvoi soulève la question de l'opportunité d'ordonner un redressement interlocutoire de la nature de l'entiercement des documents saisis jusqu'à ce que soit déterminée, à la lumière de la *Charte*, la légalité des dispositions de la LMR autorisant les perquisitions.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Lorsqu'il examine une mesure interlocutoire dans le contexte d'une contestation, fondée sur la *Charte*, de la validité de la loi sous-jacente, le tribunal doit apprécier trois facteurs: (1) le caractère sérieux de la question de droit à trancher, (2) la possibilité que le refus de l'ordonnance interlocutoire cause au requérant un préjudice irréparable, et (3) la prépondérance des inconvénients causés aux parties par l'ordonnance interlocutoire. En l'espèce, l'examen de ces trois critères amène à conclure qu'il y a lieu de maintenir les ordonnances d'entiercement.

Premièrement, une question de droit sérieuse est soulevée en l'espèce.

Deuxièmement, si les intimés voient leurs demandes principales accueillies et si les ordonnances d'entierce-

impounding orders were to be set aside. The searches were made pursuant to the provisions of a regulatory statute dealing with a highly regulated business and the expectation of privacy in the commercial documents seized was thus relatively low. However, there is still some measure of privacy in commercial documents. Since the purpose of the impounding orders is to preserve the rights of the respondents pending a final determination of a legal question which will affect those rights, if the orders are not maintained and the warrants are quashed, the loss of that privacy interest, small as it may be, would in itself constitute irreparable harm. But there is a more significant aspect in this case. The documents were obtained by means of intrusive searches of residential and business premises and so long as the documents are held by or on behalf of the government there is a continuing violation of the respondents' very real and significant privacy interest in those premises. There would thus clearly be irreparable harm to the respondents if the warrants are quashed. The government will have had the continuing possession of these documents in the absence of any authority and in violation of the *Charter*. The intrusive nature of the searches cannot be isolated from the taking of the documents. Section 69 *AMR* does not adequately protect the respondents' privacy interests. It prohibits the public release of information contained in the documents but does not protect the respondents from having their privacy interests in their homes and offices violated by the state — the very interest that s. 8 of the *Charter* is aimed at protecting. Finally, it is highly speculative to expect that a breach of privacy interests, not only in the documents, but also in the homes and offices of the respondents, could be compensated in damages.

Third, and most importantly, the balance of inconvenience favours the respondents. The impounding orders protect both the integrity of the documents and the privacy interest of the respondents, and this sensible interlocutory measure does not harm the public interest. The evidence clearly establishes that the granting of impounding orders will not paralyse the enforcement of taxation laws in the province of Quebec, even if in every case where searches were carried out, impounding orders were in fact issued. The Minister of Revenue is still at liberty to carry out searches and effect seizures and can still investigate and proceed under other sections of the Act. An impounding order does no more

ment sont annulées, ils subiront un préjudice irréparable. Les perquisitions ont été effectuées en application d'une loi de nature réglementaire relative à une activité fort réglementée et l'attente en matière de respect de la vie privée relativement aux documents commerciaux saisis était donc relativement faible. Cependant, il reste qu'une certaine mesure de vie privée est associée aux documents commerciaux. Puisque les ordonnances d'entiercement ont pour objet de maintenir les droits des intimés jusqu'à ce qu'une décision finale qui affectera ces droits soit rendue sur une question de droit, si les ordonnances ne sont pas maintenues et si les mandats sont annulés, la perte du droit à la vie privée, aussi minime soit-il, constituera elle-même un préjudice irréparable. Cependant, il y a en l'espèce un autre aspect plus important. Les documents ont été obtenus grâce à des perquisitions envahissantes de résidences et de locaux commerciaux et tant que les documents sont détenus par le gouvernement ou pour son compte, il y a une violation continue du droit, très réel et très important, à la vie privée dont les intimés jouissent dans ces locaux. Il est clair que les intimés subiront un préjudice irréparable si les mandats sont annulés. Le gouvernement aura eu, sans autorisation et contrairement à la *Charte*, la possession continue de ces documents. La nature envahissante des perquisitions ne peut être dissociée de la saisie des documents. L'article 69 *LMR* ne protège pas suffisamment le droit à la vie privée des intimés. Il interdit la publication de renseignements contenus dans les documents, mais il ne protège pas les intimés contre la violation par l'État de leur droit à la vie privée dans leurs domiciles et leurs bureaux — le droit même que l'art. 8 de la *Charte* vise à protéger. Enfin, il est fort incertain que la violation du droit à la vie privée non seulement à l'égard des documents, mais également dans les domiciles et les bureaux des intimés, pourrait être indemnisée au moyen de dommages-intérêts.

Troisièmement, et qui plus est, la prépondérance des inconvénients favorise les intimés. Les ordonnances d'entiercement protègent à la fois l'intégrité des documents et le droit à la vie privée des intimés et cette mesure interlocutoire raisonnable ne nuit pas à l'intérêt public. La preuve établit clairement que la délivrance des ordonnances d'entiercement ne paralysera pas l'application des lois fiscales au Québec, même si, dans tous les cas où des perquisitions ont été effectuées, des ordonnances d'entiercement étaient effectivement rendues. Le ministre du Revenu demeure libre d'effectuer des perquisitions et des saisies, et il peut encore enquêter et agir en vertu d'autres dispositions de la Loi. Une

than delay the Minister viewing the documents seized. Further, the statistics do not disclose a problem of a flood of impounding orders and there is nothing to indicate that there is a probability, or even a real possibility, that there would be a flood of similar requests as a result of granting these applications. There are so few searches and seizures carried out each year under taxation statutes in the province that this case is still one of exemption and not of suspension. Since there is no serious interference with the enforcement of taxation statutes resulting from the granting of the impounding orders, there is no interference with the public interest and, on this basis, the impounding orders should be granted. Moreover, even if it can be said that the irreparable harm the respondents would suffer from the refusal of the impounding orders is small, the impounding orders should be upheld since there is no significant interference with the public interest.

Per Lamer C.J.: Cory J.'s reasons were generally agreed with, subject to one comment. Since the scope of a right guaranteed by the *Charter* must be assessed in context, it is necessary to take into account all the relevant factors which indicate the importance of a right to the person who enjoys it. This means that one should avoid creating rigid categories that will be used to determine the scope of a constitutional guarantee in a mechanical fashion. The "licensing" theory is therefore of no value in determining the extent of the respondents' expectations of privacy. While the distinction between criminal acts and regulatory offences is a useful and very real one, it should not be used to obscure other aspects of the context of a given case. Yet that is precisely what is likely to happen if one presumes that those who engage in "regulated" activities have accepted a lower level of constitutional protection. The licensing theory is based on an erroneous factual premise since it cannot be said, in a general and abstract manner, that any person engaging in a regulated activity, whatever it may be, automatically acquiesces in a limited application of the *Charter* to him- or herself. Here, when all the relevant factors are taken into account, it can be concluded that the respondents had reasonable expectations of privacy with respect to the documents seized and that they are sufficiently important to justify upholding the impounding orders.

ordonnance d'entiercement ne fait que retarder le moment où le Ministre pourra consulter les documents saisis. De plus, les statistiques ne révèlent aucun problème de cascade d'ordonnances d'entiercement et rien n'indique qu'il existe une probabilité, ou même une possibilité réelle, qu'il y ait une avalanche de requêtes semblables si les demandes en cause sont accueillies. Le nombre de perquisitions et de saisies effectuées chaque année sous le régime des lois fiscales dans la province est si peu élevé que le présent pourvoi demeure un cas d'exemption et non de suspension. Puisqu'aucune ingérence grave dans l'application des lois fiscales ne résulte de la délivrance des ordonnances d'entiercement, il n'y a pas atteinte à l'intérêt public et, pour ce motif, il y a lieu d'accorder les ordonnances d'entiercement. De plus, même si l'on peut soutenir que le préjudice irréparable que le rejet des ordonnances d'entiercement causerait aux intimés est minime, il y a lieu de maintenir les ordonnances d'entiercement puisqu'il n'y a pas d'atteinte grave à l'intérêt public.

Le juge en chef Lamer: Les motifs du juge Cory sont généralement acceptés. Toutefois, une mise au point s'impose. Puisque la portée d'un droit garanti par la *Charte* doit être évaluée en fonction du contexte, il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents qui indiquent l'importance que revêt un droit pour son bénéficiaire. Cela implique que l'on doit éviter de créer des catégories rigides qui serviront à déterminer mécaniquement l'étendue d'une garantie constitutionnelle. La théorie de l'«acceptation des conditions» n'est donc d'aucune utilité pour apprécier l'intensité des attentes en matière de vie privée des intimés. Bien que la distinction entre les actes criminels et les infractions réglementaires soit utile et bien réelle, elle ne doit pas servir à obscurcir les autres éléments du contexte d'un litige donné. C'est pourtant ce qui risque de se produire si l'on présume l'acceptation d'une protection constitutionnelle réduite par ceux qui entreprennent des activités «réglementées». La théorie de l'acceptation des conditions est fondée sur une prémisse factuelle erronée puisqu'on ne peut affirmer, d'une manière générale et abstraite, que toute personne s'engageant dans une activité réglementée, quelle qu'elle soit, acquiesce automatiquement à une application limitée de la *Charte* à son cas. En l'espèce, lorsqu'on tient compte de tous les facteurs pertinents, on peut conclure que les intimés avaient des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement aux documents saisis et que celles-ci sont suffisamment importantes pour justifier le maintien des ordonnances d'entiercement.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): A *prima facie* case, irreparable harm and the balance of convenience are the three criteria relevant in determining whether interlocutory relief should be granted. This analytical framework permits the reconciliation of the rights and freedoms guaranteed in the *Charter* with the conduct of governmental affairs.

In the present case the first criterion has been met. In view of the serious arguments raised by the respondents against the constitutionality of ss. 40 and 40.1 *AMR*, it cannot be concluded that the motions in evocation, *certiorari* and *mandamus* are frivolous or vexatious. The dismissal of the motion by the Superior Court in *143471 Canada Inc.* is a relevant factor, but is not sufficient to alter the fact that serious questions have been raised. Moreover, the precedents regarding stay of proceedings should not be applied without qualification when the constitutionality of legislation is challenged under the *Charter*, in view of the importance and complexity of the rights and freedoms it guarantees.

With respect to the second criterion, it cannot be concluded that the respondents will suffer irreparable harm if the impounding orders are set aside. The existence of irreparable harm cannot be inferred simply because a breach of a right protected by the *Charter* is alleged or because the main proceeding itself involves the infringement of a guaranteed right. Both the right and the alleged infringement must be placed in context. In the present case the harm claimed by the respondents relates solely to the fact that the tax authorities will learn the content of the documents seized. Any reasonable expectations of privacy the respondents may have regarding the content of those documents are considerably reduced owing to their relevance in establishing the tax profile of their business and the responsibilities they assume as agents of the government. The search warrants and the seizures were directed only at the respondents' business documents, production of which may be required under the *AMR*. By allowing a person to object to the production or seizure of documents containing information protected by professional privilege, and prohibiting disclosure of the information obtained in the course of the investigation, the *AMR* minimizes the risk that the respondents may suffer harm as a result of the implementation by the tax authorities of the investigative scheme provided by that Act. Finally, the possibility that the seized documents may contain information of a personal nature is not sufficient to alter the reasonable expectations of privacy of taxpayers in respect of

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidents): L'apparence de droit, le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients sont les trois critères pertinents pour déterminer l'opportunité d'accorder un redressement interlocutoire. Ce cadre d'analyse permet de réconcilier le respect des droits et libertés garantis dans la *Charte* avec la poursuite des activités de l'administration.

En l'espèce, le premier critère est rempli. Vu les motifs sérieux invoqués par les intimés à l'encontre de la constitutionnalité des art. 40 et 40.1 *LMR*, on ne peut conclure que les recours en évocation, *certiorari* et *mandamus* des intimés sont futiles ou vexatoires. Le rejet de ce recours par la Cour supérieure dans l'affaire *143471 Canada Inc.* est un facteur pertinent mais insuffisant pour éliminer le sérieux des questions soulevées. De plus, la jurisprudence en matière de sursis ne doit pas être appliquée, sans aucune réserve, lorsque la constitutionnalité d'une disposition législative est contestée en vertu de la *Charte*, compte tenu de l'importance et de la complexité des droits et libertés qu'elle garantit.

Quant au deuxième critère, on ne saurait conclure que les intimés subiront un préjudice irréparable si les ordonnances d'entiercement sont annulées. L'existence d'un préjudice irréparable ne peut s'inférer simplement parce qu'une atteinte à un droit protégé par la *Charte* est alléguée ou encore parce que l'instance principale met elle-même en cause la violation d'un droit garanti. Il faut plutôt replacer dans son contexte tant le droit que la violation alléguée. En l'espèce, le préjudice qu'invoquent les intimés réside uniquement dans la prise de connaissance, par les autorités fiscales, du contenu des documents saisis. Or, les attentes raisonnables que les intimés peuvent entretenir en matière de vie privée à l'égard du contenu de ces documents sont considérablement réduites en raison de leur pertinence dans l'établissement du profil fiscal de leur entreprise et des responsabilités qu'ils assument à titre de mandataires du gouvernement. Les mandats de perquisition, de même que les saisies, ne visaient que les documents d'affaires des intimés dont la production peut être exigée en vertu de la *LMR*. En permettant à une personne de s'opposer à la production ou à la saisie de documents qui contiennent des renseignements protégés par le secret professionnel, et en interdisant la divulgation des renseignements obtenus dans le cadre de l'enquête, la *LMR* minimise le risque que les intimés subissent un préjudice consécutif à la mise en œuvre par les autorités fiscales du régime d'enquête prévu dans cette loi. Enfin, la possibilité que les documents saisis puissent contenir

such documents. On the one hand, the *AMR* itself does not permit the seizure of documents containing personal information; on the other hand, the respondents themselves have never claimed that such documents were in fact seized. It can therefore not be concluded that the respondents will suffer irreparable harm if the tax authorities examine the contents of the documents seized.

With respect to the third criterion, an assessment of the balance of convenience does not favour the respondents. As the existence of irreparable harm has been ruled out, it is hard to see how the respondents could suffer significant hardship if they were denied the impoundment. Since the only effect of the impounding order is to delay the examination of the documents, it can be assumed that at some point or other the respondents will suffer the hardships associated with an investigation by the Ministère du Revenu, whether or not the sections are declared unconstitutional. On the other hand, if the impoundment is upheld, the delays imposed on the appellants in examining the contents of the seized documents are likely to jeopardize proof of the offences. Even if it is admitted that impoundment does not have the effect of suspending the Minister's investigative powers, there is nothing to suggest that he could make significant progress with his investigation if the impoundment were upheld.

Be that as it may, the present case has ramifications that go beyond the immediate interests of the parties, if only because of the mandate underlying the action of the Ministère — namely the implementation and execution of tax legislation. It is thus necessary to take the public interest into account in determining the balance of convenience. Because the *AMR* is based on the principle of self-declaration and self-assessment, the implementation of the investigative provisions contained in ss. 40 and 40.1 *AMR* is essential if the integrity of the collection system is to be maintained and these investigative powers form the principal tool available to the Ministère to fight tax evasion. Although it is not possible to speak of a "flood of actions", the systematic nature of recent impounding orders cannot be ignored. Since the Ministère must adduce proof beyond a reasonable doubt and in view of the difficulties of proof inherent in the nature of offences against the tax laws, even temporarily water-

des éléments d'information de nature personnelle est insuffisante pour modifier les attentes raisonnables que les contribuables peuvent entretenir en matière de vie privée à l'égard de tels documents. D'une part, la *LMR* elle-même ne permet pas la saisie de documents contenant des renseignements de nature personnelle; d'autre part, les intimés n'ont eux-mêmes jamais prétendu que de tels documents avaient effectivement été saisis. On ne peut donc conclure que les intimés subiront un préjudice irréparable si les autorités fiscales prennent connaissance du contenu des documents saisis.

Quant au troisième critère, l'appréciation de la prépondérance des inconvénients ne favorise pas les intimés. Ayant écarté l'existence d'un préjudice irréparable, il est difficile de concevoir que les intimés encouraient des inconvénients importants si l'entiercement leur était refusé. Puisque l'entiercement n'a pour effet que de retarder l'analyse des documents, on peut présumer que les intimés subiront, à un moment ou à un autre, les inconvénients reliés à l'enquête du ministère du Revenu, que les dispositions contestées soient ou non déclarées inconstitutionnelles. Par contre, si l'entiercement est maintenu, les délais imposés aux appelants dans l'examen du contenu des documents saisis risquent de compromettre la preuve des infractions. Même en admettant que l'entiercement n'a pas pour effet de suspendre les pouvoirs d'enquête du Ministre, il est illusoire de croire qu'il pourra faire avancer son enquête de manière significative si l'entiercement est maintenu.

Quoi qu'il en soit, le présent litige a une portée qui dépasse l'intérêt immédiat des parties, ne serait-ce qu'en raison du mandat qui sous-tend l'intervention du Ministère — soit l'application et l'exécution des lois fiscales. Il faut donc tenir compte de l'intérêt public dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients. Parce que la *LMR* est fondée sur le principe de l'auto-déclaration et de l'auto-cotisation, la mise en œuvre du régime d'enquête prévu aux art. 40 et 40.1 *LMR* est indispensable au maintien de l'intégrité du système de perception et ces pouvoirs d'enquête constituent le principal outil dont dispose le Ministère pour contrer l'évasion fiscale. Bien qu'on ne puisse parler d'une «cascade de recours», on ne peut ignorer la tendance jurisprudentielle récente à accorder systématiquement des ordonnances d'entiercement. Compte tenu du fait que le Ministère doit présenter une preuve hors de tout doute raisonnable et vu les difficultés de preuve inhérentes à la nature des infrac-

ing down investigative powers has more than a symbolic effect on the public interest.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; **referred to:** *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Ameublement Jeanne Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-003335-872, April 15, 1987; *Brochette Tino Inc. v. Québec (Procureur général)*, [1989] R.D.F.Q. 98; *Restaurant le Gourmet grec Inc. v. Séguin*, [1989] R.D.F.Q. 80; *Courrier grec du Canada Ltée v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-002016-895, February 24, 1989; *Cuisines Multiform internationales Inc. v. Angers*, [1992] R.D.F.Q. 46; *Cuisines Multiform internationales Inc. v. Angers*, [1992] R.D.F.Q. 126; *Électro Marine Diesel Inc. v. Québec (Procureur général)*, [1992] R.D.F.Q. 125; *Groupe Shakiba Inc. v. Québec (Procureur général)*, [1993] R.D.F.Q. 70; *Zeppetelli v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 354.

By Lamer C.J.

Referred to: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154.

By La Forest J. (dissenting)

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Zeppetelli v. Canada*, [1990] 2

tions aux lois fiscales, la dilution des pouvoirs d'enquête, fusse-t-elle temporaire, a une incidence plus que symbolique sur l'intérêt public.

a Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; **arrêts mentionnés:** *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Ameublement Jeanne Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-003335-872, 15 avril 1987; *Brochette Tino Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1989] R.D.F.Q. 98; *Restaurant le Gourmet grec Inc. c. Séguin*, [1989] R.D.F.Q. 80; *Courrier grec du Canada Ltée c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-002016-895, 24 février 1989; *Cuisines Multiform internationales Inc. c. Angers*, [1992] R.D.F.Q. 46; *Cuisines Multiform internationales Inc. c. Angers*, [1992] R.D.F.Q. 126; *Électro Marine Diesel Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1992] R.D.F.Q. 125; *Groupe Shakiba Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.D.F.Q. 70; *Zeppetelli c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 354.

g Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

Citée par le juge La Forest (dissident)

Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Zeppetelli c. Canada*,

C.T.C. 354; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, aff'g [1991] 1 F.C. 688; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Fafard Buildings System Inc. v. R.*, J.E. 90-1187; *Ameublement Jeanne Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-003335-872, April 15, 1987; *Brochetterie Tino Inc. v. Québec (Procureur général)*, [1989] R.D.F.Q. 98; *Restaurant le Gourmet grec Inc. v. Séguin*, [1989] R.D.F.Q. 80.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, ss. 34(1) [rep. 1983, c. 49, s. 40], 38(a) [am. 1986, c. 95, s. 190], 39, 40 [rep. 1986, c. 95, s. 191; am. 1988, c. 21, s. 104], 40.1 [ad. 1986, c. 95, s. 191], 40.2 [ad. 1986, c. 95, s. 191], 46 [rep. 1990, c. 4, s. 587], 53 [idem, s. 589], 69, 78 [am. 1982, c. 38, s. 28].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 24.1 [ad. 1982, c. 61, s. 1].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Meals and Hotels Tax Act, R.S.Q., c. T-3.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal (1992), 32 A.C.W.S. (3d) 226 and [1992] R.D.F.Q. 44, granting the motion to impound seized documents brought by the respondents 143471 Canada Inc. et al., and affirming a judgment of the Superior Court, [1991] R.D.F.Q. 90, granting the motion to impound seized documents brought by the respondents Tabah et al. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Michel Dansereau, Judith Kucharsky and Pierre Gonthier, for the appellants.

Guy Du Pont, Basile Angelopoulos and Ariane Bourque, for the respondents.

English version of the reasons delivered by

[1990] 2 C.T.C. 354; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, conf. [1991] 1 C.F. 688; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Bâtiments Fafard Inc. c. R.*, J.E. 90-1187; *Ameublement Jeanne Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-003335-872, 15 avril 1987; *Brochetterie Tino Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1989] R.D.F.Q. 98; *Restaurant le Gourmet grec Inc. c. Séguin*, [1989] R.D.F.Q. 80.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 24.1 [aj. 1982, ch. 61, art. 1].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi concernant la taxe sur les repas et l'hôtellerie, L.R.Q., ch. T-3.
Loi sur le ministère du revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 34(1) [rempl. 1983, ch. 49, art. 40], 38a) [mod. 1986, ch. 95, art. 190], 39, 40 [rempl. 1986, ch. 95, art. 191; mod. 1988, ch. 21, art. 104], 40.1 [aj. 1986, ch. 95, art. 191], 40.2 [aj. 1986, ch. 95, art. 191], 46 [rempl. 1990, ch. 4, art. 587], 53 [idem, art. 589], 69, 78 [mod. 1982, ch. 38, art. 28].

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (1992), 32 A.C.W.S. (3d) 226 et [1992] R.D.F.Q. 44, qui ont accueilli la requête en entierement de documents saisis présentée par les intimés 143471 Canada Inc. et autres, et confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1991] R.D.F.Q. 90, qui avait accueilli la requête en entierement de documents saisis présentée par les intimés Tabah et autres. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents.

Michel Dansereau, Judith Kucharsky et Pierre Gonthier, pour les appelants.

Guy Du Pont, Basile Angelopoulos et Ariane Bourque, pour les intimés.

Les motifs suivants ont été rendus par

LAMER C.J. — I am generally in agreement with the reasons of Justice Cory. With respect, however, I would like to add a comment concerning the factors he takes into account in assessing the respondents' expectations of privacy.

It is now well settled that the scope of a right guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* must be assessed in context. This method was first explained by Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1352-55, and again applied by the Court in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259. It is thus necessary to take into account all the relevant factors which indicate the importance of a right to the person who enjoys it. This also means that we should avoid creating rigid categories that will be used to determine the scope of a constitutional guarantee in a mechanical fashion.

I am concerned about the fact that Cory J. relies on the so-called "licensing" theory in determining the extent of the respondents' expectations of privacy. This theory, which he explained in detail in his reasons in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 227-33, essentially holds that persons engaging in "regulated" activities are presumed to have accepted the existence of such regulation, greater intervention by the state in their activities, and a lower measure of constitutional protection.

In my humble opinion this theory is open to two kinds of criticism.

First, it tends to give credence to the idea that there is a clear distinction between regulatory offences and truly criminal acts, and that there are two different definitions of the rights guaranteed by the *Charter* corresponding to these two categories of offences. This approach reflects a formalism alien to the contextual method. The distinction between criminal acts and regulatory offences is a useful and very real one, but it should not be used

LE JUGE EN CHEF LAMER — Je suis généralement en accord avec les motifs du juge Cory. Avec égards, j'aimerais toutefois faire une mise au point au sujet des facteurs dont il tient compte pour évaluer les attentes de vie privée des intimés.

Il est maintenant acquis que la portée d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* doit être évaluée en fonction du contexte. Cette méthode a été exposée pour la première fois par le juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1352 à 1355, et reprise notamment par la Cour dans *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259. Il faut donc tenir compte de tous les facteurs pertinents qui indiquent l'importance que revêt un droit pour son bénéficiaire. Ceci implique aussi que l'on doit éviter de créer des catégories rigides qui serviront à déterminer mécaniquement l'étendue d'une garantie constitutionnelle.

Je m'inquiète du fait que le juge Cory s'appuie sur la théorie dite de l'«acceptation des conditions» pour apprécier l'intensité des attentes de vie privée des intimés. Cette théorie, qu'il a exposée en détail dans ses motifs dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 227 à 233, veut essentiellement que les personnes qui s'engagent dans des activités «réglementées» sont présumées avoir accepté l'existence de cette réglementation, une intervention accrue de l'État dans leurs activités ainsi qu'une protection constitutionnelle réduite.

À mon humble avis, cette théorie prête flanc à la critique sous deux aspects.

Premièrement, elle tend à accréditer l'idée qu'il existe une distinction claire et nette entre les infractions réglementaires et les actes criminels proprement dits et qu'à ces deux catégories d'infractions correspondent deux définitions différentes des droits garantis par la *Charte*. Procéder ainsi relève d'un formalisme étranger à la méthode contextuelle. La distinction entre les actes criminels et les infractions réglementaires est utile et

to obscure other aspects of the context of a given case. That is precisely what is likely to happen if we presume that those who engage in "regulated" activities have accepted a lower level of constitutional protection. If there were such a waiver there would be no need to examine the other aspects of the context.

Second, with respect, I am of the view that the licensing theory is based on an erroneous factual premise. It cannot be said, in a general and abstract manner, that persons engaging in regulated sectors of life in society expect a lower level of constitutional protection. It is true that intervention by government officials is generally accepted in certain areas and that accordingly the expectations of privacy of persons working in those areas may be lower. However, this observation cannot be transformed into a general rule presuming that any person engaging in a regulated activity, whatever it may be, automatically acquiesces in a limited application of the *Charter* to him- or herself. In the present case I cannot say that the respondents agreed to allow the state to search their homes when they set up their restaurant and hotel businesses. In my opinion, there is no factual foundation for such a proposition. We may also take the example of driving an automobile, a highly regulated activity. Can it be said that people who obtain a driver's licence thereby accept that they will not have the full benefit of the rights set forth in the *Charter*? I do not think so.

In reality the only factual proposition that can be taken as valid is the one set out by Cory J. at p. 377: "Those who enter a regulated field must accept regulations as an integral part of their business operations". The same can be said about the criminal law: anyone who lives in society must accept the rules laid down in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. There is nothing surprising in this: the validity of legislation does not depend on the consent of those to whom it applies. Accordingly, although the statement by Cory J. is

bien réelle, mais elle ne doit pas servir à obscurcir les autres éléments du contexte d'un litige donné. C'est précisément ce qui risque de se produire si l'on presume l'acceptation d'une protection constitutionnelle réduite par ceux qui entreprennent des activités «réglementées». Face à une telle renonciation, il ne serait pas nécessaire d'examiner les autres éléments du contexte.

Deuxièmement, avec respect, j'estime que la théorie de l'acceptation des conditions est fondée sur une prémisse factuelle qui est erronée. On ne peut pas affirmer, d'une manière générale et abstraite, que ceux qui s'engagent dans des secteurs réglementés de la vie en société s'attendent à une protection constitutionnelle réduite. Il est vrai que l'intervention des agents de l'État dans certains domaines est généralement acceptée et qu'en conséquence, les attentes de vie privée des personnes qui œuvrent dans ces domaines peuvent s'en trouver réduites. On ne saurait cependant transformer cette observation en règle générale voulant que toute personne s'engageant dans une activité réglementée, quelle qu'elle soit, acquiesce automatiquement à une application limitée de la *Charte* à son cas. En l'espèce, je ne peux affirmer que les intimés ont accepté que l'État puisse perquisitionner leur domicile lorsqu'ils ont établi leur commerce de restauration et d'hôtellerie. Il n'y a, à mon avis, aucun fondement factuel à une telle proposition. Prenons aussi l'exemple de la conduite d'un véhicule automobile, une activité fortement réglementée. Peut-on dire que les gens qui obtiennent un permis de conduire acceptent de ce seul fait qu'ils ne bénéficieront pas pleinement des droits énoncés dans la *Charte*? Je ne le crois pas.

En réalité, la seule proposition de fait qu'on peut tenir pour valide est celle que mentionne le juge Cory à la p. 377: «Ceux qui se lancent dans un domaine réglementé doivent accepter que la réglementation fait partie intégrante de leurs activités commerciales.» On peut en dire autant du droit criminel: toute personne qui vit en société doit accepter les normes prévues dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Cela n'est pas surprenant: la validité d'une loi ne dépend pas du consentement de ceux qu'elle vise. Cette affirmation du

correct, it cannot be used as the basis for a valid distinction between various types of offences, depending on whether or not the individuals concerned “accept” the rules in question. All things considered, I do not feel that the “licensing” theory can be of any value in determining the scope of the rights guaranteed by the *Charter*.

I have nevertheless come to the same conclusion as Cory J. regarding the extent of the respondents’ expectations of privacy. Cory J. notes the following factors.

1. The *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, does not create criminal offences in the strict sense. Its purpose is instead to set up an administrative mechanism for the collection of taxes.
2. The Minister may seize a considerable number of documents whose connection with enforcement of the Act may be tenuous.
3. The Act allows for searches at the premises of third parties who are not the subject of an investigation and who may have been in compliance with the Act.
4. Certain searches took place at the respondents’ private homes, not their commercial establishments.
5. Searches involve a greater intrusion into individual privacy than a mere demand for production of documents.

From factors 2, 3, 4 and 5 it can be concluded that the respondents had reasonable expectations of privacy with respect to the documents seized by the appellants. The first factor suggests that the scope of these expectations should be treated as relative, but like Cory J. I am of the view that they are sufficiently important to justify upholding the impounding orders.

I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of La Forest, L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ. delivered by

juge Cory, malgré son exactitude, ne permet donc pas d’établir une distinction utile entre les divers types d’infractions, selon que les individus concernés «acceptent» ou non les normes en cause. En fin de compte, je ne crois pas que la théorie de l’«acceptation des conditions» puisse être d’une quelconque utilité dans l’évaluation de la portée des droits garantis par la *Charte*.

J’en arrive néanmoins à la même conclusion que le juge Cory relativement à l’importance des attentes de vie privée des intimés. Le juge Cory fait ressortir les facteurs suivants:

1. La *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, ne crée pas des infractions criminelles au sens strict. Elle vise plutôt à mettre en œuvre un mécanisme administratif de perception de l’impôt.
2. Le ministre peut saisir un nombre important de documents dont le lien avec l’exécution de la Loi peut être ténu.
3. La Loi permet la perquisition chez des tiers qui ne sont pas visés par une enquête et qui se sont possiblement conformés à la Loi.
4. Certaines perquisitions ont eu lieu au domicile privé des intimés, et non à leur établissement commercial.
5. Les perquisitions constituent une intrusion plus grande dans la vie des individus qu’une simple demande de production de documents.

En raison des facteurs 2, 3, 4 et 5, on peut conclure que les intimés avaient des attentes raisonnables de vie privée relativement aux documents saisis par les appelants. Le premier facteur nous amène à relativiser l’ampleur de ces attentes, mais comme le juge Cory, je crois que celles-ci sont suffisamment importantes pour justifier le maintien des ordonnances d’entiercement.

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Les motifs des juges La Forest, L’Heureux-Dubé et McLachlin ont été rendus par

LA FOREST J. (dissenting) — This case raises the question whether interlocutory relief in the form of an impounding order should be granted until the validity of the provisions authorizing searches in the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, has been determined under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The facts in the two cases giving rise to these appeals are similar and may be summarized as follows. Judges of the Court of Quebec issued written authorizations to conduct searches pursuant to s. 40 of the *Act respecting the Ministère du Revenu* (hereinafter the “Act”), based on sworn information that the respondents had *inter alia* attempted to avoid the payment of sums of money pursuant to the *Meals and Hotels Tax Act*, R.S.Q., c. T-3. These authorizations were executed at the places of business of the corporate respondents and the homes of the respondents Arcuri and Tabah. Several documents were seized.

In both cases the respondents challenged the legality of the search warrants by means of motions in evocation, *certiorari* and *mandamus*, seeking to quash the seizure authorizations and their execution and to attack the constitutionality of ss. 40 and 40.1 of the Act in light of ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter the “Charter”) and s. 24.1 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. By way of interlocutory relief the respondents appended to their actions motions to have all the seized documents impounded so they could be sealed and given into the custody of a third party pending a final judgment on the legality of the search warrants.

In the *143471 Canada Inc.* case, on November 7, 1990, Hannan J. of the Quebec Superior Court allowed the motion to impound the seized documents, until such time as judgment was rendered at trial on the legality of the search warrants: [1990]

LE JUGE LA FOREST (dissident) — La présente instance soulève la question de l’opportunité d’ordonner un redressement interlocutoire, de la nature de l’entiercement des documents saisis, jusqu’à ce que soit déterminée, à la lumière de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la légalité des dispositions de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, autorisant les perquisitions.

Les faits

Les faits qui ont donné naissance au présent litige sont, dans l’un et l’autre dossier, similaires et peuvent se résumer ainsi. Des autorisations écrites de perquisitionner ont été accordées par des juges de la Cour du Québec, conformément à l’art. 40 de la *Loi sur le ministère du Revenu* (ci-après la «Loi»), suite à des dénonciations assermentées selon lesquelles les intimés auraient, entre autres choses, tenté d’éluder la remise de montants d’argent en vertu de la *Loi concernant la taxe sur les repas et l’hôtellerie*, L.R.Q., ch. T-3. Ces autorisations ont été exécutées aux places d’affaires des sociétés intimées et aux domiciles des intimés Arcuri et Tabah. Plusieurs documents ont été saisis.

Les intimés ont contesté, dans l’un et l’autre dossier, la légalité des mandats de perquisition au moyen de requêtes en évocation, *certiorari* et *mandamus*, afin de faire annuler les autorisations de saisie et leur exécution et d’attaquer la constitutionnalité des art. 40 et 40.1 de la Loi en regard des art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la «Charte»), et de l’art. 24.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. À titre de redressement interlocutoire, les intimés ont joint à leurs recours des requêtes en entiercement de tous les documents saisis afin qu’ils soient scellés et confiés à une tierce partie jusqu’à ce qu’un jugement final soit rendu sur la légalité des mandats de perquisition.

Dans le dossier *143471 Canada Inc.*, le juge Hannan, de la Cour supérieure du Québec, a accueilli, le 7 novembre 1990, la requête en entiercement des documents saisis pour valoir jusqu’à ce qu’un jugement soit rendu en première instance sur

R.D.F.Q. 104. On February 10, 1992 Croteau J. of the Quebec Superior Court dismissed the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus* and concluded that s. 40 of the Act was constitutional: [1992] R.D.F.Q. 48. The respondents appealed that decision and asked the Court of Appeal to issue an order impounding the seized documents for the duration of the proceedings. On March 9, 1992, the Court of Appeal allowed the motion to impound the seized documents: (1992), 32 A.C.W.S. (3d) 226. While this Court's judgment on the appeal from that decision was still under reserve, the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal with respect to the action in evocation, *certiorari* and *mandamus*, on May 18, 1994: J.E. 94-934.

In the *Tabah* case, on June 18, 1991, Marquis J. of the Quebec Superior Court allowed the motion to impound the seized documents until a judgment was rendered on the legality of the search warrants: [1991] R.D.F.Q. 90. The appellants appealed that judgment. On March 9, 1992, the Court of Appeal dismissed their appeal: [1992] R.D.F.Q. 44.

Judgments of the Courts Below

Quebec Superior Court, 143471 Canada Inc. Case, [1990] R.D.F.Q. 104

Hannan J. characterized the motion to impound as an exemption case since it applied only to the respondents, was confined to the documents seized, and related to the offences alleged. In ruling on the validity of the motion he considered the three criteria set out in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, namely, whether there was a serious question to be tried, the irreparable harm the respondents might suffer if the motion was dismissed and the balance of convenience.

Hannan J. noted that the first criterion was difficult to apply at the interlocutory stage. He referred to the opinion expressed by Beetz J. in *Metropolitan Stores* that the courts are reluctant to grant an interlocutory injunction unless the public interest

la légalité des mandats de perquisition: [1990] R.D.F.Q. 104. Le 10 février 1992, le juge Croteau, de la Cour supérieure du Québec, rejetait la requête en évocation, *certiorari* et *mandamus* et concluait à la constitutionnalité de l'art. 40 de la Loi: [1992] R.D.F.Q. 48. Les intimés ont porté cette décision en appel et ont demandé à la Cour d'appel de rendre une ordonnance d'entiercement des documents saisis pour valoir durant l'instance. Le 9 mars 1992, la Cour d'appel accueillait la requête en entiercement des documents saisis: (1992), 32 A.C.W.S. (3d) 226. Durant le délibéré de l'appel de cette décision devant notre Cour, la Cour d'appel du Québec rejetait, le 18 mai 1994, l'appel du recours en évocation, *certiorari* et *mandamus*: J.E. 94-934.

Dans le dossier *Tabah*, le juge Marquis, de la Cour supérieure du Québec, a accueilli, le 18 juin 1991, la requête en entiercement des documents saisis jusqu'à ce qu'un jugement intervienne sur la légalité des mandats de perquisition: [1991] R.D.F.Q. 90. Les appelants ont porté cette décision en appel. Le 9 mars 1992, la Cour d'appel rejetait leur pourvoi: [1992] R.D.F.Q. 44.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour supérieure du Québec, dossier 143471 Canada Inc., [1990] R.D.F.Q. 104

Le juge Hannan a qualifié la demande d'entiercement d'un cas d'exemption à la Loi, puisqu'elle ne visait que les intimés, se limitait aux documents saisis et se rapportait aux infractions alléguées. Afin de se prononcer sur le bien-fondé de la requête, il a examiné les trois critères énoncés dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, soit l'existence d'une question sérieuse à trancher, le préjudice irréparable que les intimés étaient susceptibles de subir dans l'éventualité du rejet de la requête et la prépondérance des inconvénients.

Le juge Hannan a souligné que le premier critère était difficile à évaluer au stade interlocutoire. Il s'est reporté à l'opinion que le juge Beetz exprimait dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, selon laquelle les tribunaux sont réticents à accorder une

is weighed in the balance of convenience. Relying on *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, and *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, Hannan J. noted that the distinction between the criminal and regulatory contexts with regard to what constitutes a reasonable invasion of privacy was likely to increase that reluctance to order interlocutory relief. He concluded, however, that it was difficult to assess if a *prima facie* case was made out and proposed to review the other criteria.

In determining whether irreparable harm existed, Hannan J. relied on the Quebec Court of Appeal's decision in *Zeppetelli v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 354. In that case the court noted that impoundment was an essential preventive measure for the constitutional protection of privacy against a seizure that might eventually be declared unreasonable. In the court's view refusing the impoundment would cause irreparable harm since the disclosure would be an invasion of privacy and would render the protection conferred by the *Charter* meaningless. Hannan J. considered he was bound by this decision and concluded as follows (at p. 109):

[TRANSLATION] In this unanimous judgment in *Zeppetelli* it is possible to draw the inference that once protection of privacy is sought in a case where the intrusion is allegedly unconstitutional (or at least anti-constitutional), the Court of Appeal considered that the criterion of irreparable harm has been met and, apparently, that the judgment in *Dymont* would support such a conclusion.

With respect to the balance of convenience criterion, Hannan J. pointed out that the exemption sought by the respondents was very limited in its application and did not have the effect of paralysing any other investigation or prosecution for other offences relating to different periods. He noted the comments made by Baudouin J.A. in *Zeppetelli*, *supra*, who pointed out that [TRANSLATION] "as between inconveniences of an essentially administrative nature and those involving a constitution-

injonction interlocutoire, à moins que l'intérêt public ne soit pris en considération dans la balance des inconvénients. S'appuyant sur les arrêts *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, et *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge Hannan a souligné que l'incidence de la distinction entre les contextes criminel et réglementaire eu égard aux attentes raisonnables en matière de vie privée était susceptible d'aggraver cette réticence à ordonner des redressements interlocutoires. Il a toutefois conclu à la difficulté d'évaluer l'apparence de droit et s'est proposé de réviser les autres critères.

Le juge Hannan s'est fondé sur l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Zeppetelli c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 354, pour déterminer l'existence d'un préjudice irréparable. Dans cet arrêt, la cour faisait valoir que l'entiercement était une mesure préventive inhérente à la protection constitutionnelle de la vie privée à l'encontre d'une saisie qui pourrait être éventuellement déclarée abusive. Selon la cour, refuser l'entiercement causerait un tort irréparable, puisque la divulgation atteindrait la vie privée et rendrait caduque la protection accordée par la *Charte*. S'estimant lié par cette décision, le juge Hannan a conclu ainsi (à la p. 109):

Dans ce jugement unanime dans la cause *Zeppetelli*, il est possible d'en tirer l'inférence que, une fois la protection de la vie privée recherchée dans une instance où l'intrusion est prétendument inconstitutionnelle (ou au moins anticonstitutionnelle), la Cour d'appel considérait que le critère de préjudice irréparable est présent et, semble-t-il, que le jugement dans l'affaire *Dymont* justifierait une telle conclusion.

En ce qui a trait au critère de la prépondérance des inconvénients, le juge Hannan a souligné que l'exemption recherchée par les intimés était très limitée dans son application et n'avait pas pour effet de paralyser toute autre enquête ou poursuite pour d'autres infractions se rapportant à des périodes différentes. Il a rappelé les propos tenus par le juge Baudouin dans l'arrêt *Zeppetelli*, précité, qui faisait valoir qu'«entre des inconvénients d'ordre essentiellement administratif et ceux qui

ally protected fundamental right, the balance must tip in favour of the latter" (p. 357). Hannan J. came to the following conclusion (at p. 110):

[TRANSLATION] In the present case, where the exceptional stay is restricted to the items already seized, and does not suspend the application of the tax legislation, except in this regard, and where the irreparable harm and balance of convenience are in favour of the applicants until this Court renders a judgment on the motion in evocation, and although the merits of the case are not crystal clear, there is a good basis for granting the present motion to impound.

Quebec Superior Court, Tabah Case, [1991] R.D.F.Q. 90

Like Hannan J., Marquis J. of the Quebec Superior Court relied on *Metropolitan Stores* and *Zeppetelli*, *supra*, in deciding whether to grant the impounding order. He characterized the case as one of exemption since the effect of the motion to impound was only to suspend *pendente lite* the application of the impugned provisions of the Act as they affected the respondents. Marquis J. proceeded to apply the three relevant criteria in determining whether to grant the respondents' motion.

Marquis J. concluded that the respondents met the *prima facie* case criterion since the case raised a serious question. In his view the contention put forward by the appellants was not so immediately obvious as to exclude from consideration that put forward by the respondents. In support of this conclusion he relied on the reasons of Hugessen J.A. of the Federal Court of Appeal in *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688.

Regarding the irreparable harm criterion, Marquis J., after referring to the Court of Appeal's decision in *Zeppetelli*, *supra*, concluded (at p. 96):

[TRANSLATION] While it is true that the seizures have already been made, the evidence shows that the examination of the documents seized is far from being complete. The very purpose of that examination is to identify evidence which might eventually lead to the

touchent un droit fondamental constitutionnellement protégé, la balance doit pencher en faveur des seconds» (p. 357). Le juge Hannan a conclu de la sorte (à la p. 110):

Dans la présente cause, où le sursis d'exemption est restreint aux effets déjà saisis de façon à ne pas suspendre l'application des lois fiscales, sauf en cet aspect, et où le préjudice irréparable et la balance des inconvénients favorisent les requérants, jusqu'à ce que le jugement sur la requête en évocation soit prononcé par cette Cour, et même si le bien-fondé de la cause au mérite n'est pas d'une clarté cristalline, il y a lieu d'accorder la présente requête en entiercement.

Cour supérieure du Québec, dossier Tabah, [1991] R.D.F.Q. 90

À l'instar du juge Hannan, le juge Marquis, de la Cour supérieure du Québec, s'est appuyé sur les arrêts *Metropolitan Stores* et *Zeppetelli*, précités, pour décider de l'opportunité d'ordonner l'entiercement. Il a qualifié l'instance d'un cas d'exemption puisque la requête en entiercement ne visait qu'à suspendre, *pendente lite*, l'application des dispositions contestées de la Loi en regard des intimés. Le juge Marquis a procédé à l'évaluation des trois critères pertinents à la détermination de la requête des intimés.

Le juge Marquis a conclu que les intimés rempissaient le critère de l'apparence de droit puisque le litige soulevait une question sérieuse. Selon lui, la solution proposée par les appelants ne s'imposait pas au point d'affirmer que celle avancée par les intimés ne méritait pas considération. Il s'est appuyé, au soutien de cette conclusion, sur les motifs du juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688.

En ce qui a trait au critère du préjudice irréparable, après avoir référé à la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Zeppetelli*, précité, le juge Marquis a conclu (à la p. 96):

S'il est vrai que les saisies sont déjà pratiquées, la preuve révèle que l'étude des documents saisis est loin d'être terminée. Cette étude a précisément pour but la recherche des éléments de preuve qui permettent de poursuivre éventuellement en justice un ou plusieurs des

prosecution of one or more of the [respondents]. It is also this examination of the seized documents which is an invasion of privacy: if the seizures were eventually quashed, irreparable injury would be caused to the [respondents] which could have been prevented by the impoundment.

With respect to the balance of convenience criterion, Marquis J. also relied on the foregoing passage from the Court of Appeal's decision in *Zeppetelli*, which noted that [TRANSLATION] "as between inconveniences of an essentially administrative nature and those involving a constitutionally protected fundamental right, the balance must tip in favour of the latter" (p. 357). On the question of the public interest, he noted that although the public is entitled to have the law respected and to have offenders prosecuted, the appellants' fear — that applications to impound would become so numerous as to paralyze the operation of the Act — was not based on any factual evidence. Accordingly, since the exemption was limited to specific persons and documents and the case raised a serious question, Marquis J. ordered that the documents be impounded until a final judgment was rendered on the legality of the searches.

Quebec Court of Appeal

The Quebec Court of Appeal allowed the motion to impound in the *143471 Canada Inc.* case, relying on the principles set out in *Zeppetelli* and the reasons given in the judgment it rendered the same day in the *Tabah* case. In the latter the Court of Appeal dismissed the appellants' appeal, being of the view that the purpose of the motion to impound was not to suspend the effect of the Act but simply to delay temporarily access to the seized documents, which might also contain information of a personal nature. The judgment was as follows:

[TRANSLATION] Whereas in the present case the purpose of the respondents' motion was not to suspend the effect of the Act, since according to its terms the investigations and other measures undertaken against the respondents can continue and have in fact continued;

Whereas the purpose of the motion was only to suspend, on a purely temporary basis, the appellants' access

[intimés]. Or, c'est aussi cette étude des documents saisis qui porte atteinte à la vie privée: si ces saisies devaient éventuellement être annulées, un tort irréparable serait causé aux [intimés] que l'entiercement aurait pu prévenir.

Quant au critère de la balance des inconvénients, le juge Marquis s'est également appuyé sur le passage précité de la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Zeppetelli*, qui faisait valoir qu'«entre des inconvénients d'ordre essentiellement administratif et ceux qui touchent un droit fondamental constitutionnellement protégé, la balance doit pencher en faveur des seconds» (p. 357). Sur la question de l'intérêt public, il a noté que bien que les citoyens avaient droit au respect de la loi et à la poursuite des délinquants, la crainte des appelants — un accroissement des recours en entiercement risquant de paralyser la mise en application de la Loi — ne reposait sur aucune donnée factuelle. Ainsi, puisque l'exemption se limitait à des personnes et à des documents déterminés et que le fond du litige soulevait une question sérieuse, le juge Marquis a ordonné l'entiercement des documents jusqu'à ce qu'un jugement final soit rendu sur la légalité des perquisitions.

f Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel du Québec a accueilli, dans le dossier *143471 Canada Inc.*, la requête en entiercement, se fondant sur les principes posés dans l'affaire *Zeppetelli* et les motifs énoncés dans le jugement qu'elle rendait le jour même dans le dossier *Tabah*. Dans ce dernier, la Cour d'appel a rejeté le pourvoi des appelants, étant d'avis que la requête en entiercement visait non pas à suspendre l'effet de la Loi, mais simplement à retarder temporairement l'accès aux documents saisis, lesquels pouvaient en outre contenir des renseignements de nature personnelle. Voici sa décision:

Considérant qu'en l'espèce, la requête des intimés ne visait pas à suspendre l'effet de la loi, puisqu'aux termes de celle-ci les enquêtes et autres mesures entreprises contre les intimés peuvent se poursuivre et se sont en fait poursuivies;

Considérant que la requête ne visait qu'à faire suspendre, et ce, de manière purement provisoire, l'accès des

to documents, books and registers which might contain personal items of information and so contravene the protection of privacy guaranteed by law;

Whereas, although this Court is not ruling on the reality or existence of the other criteria, the respondents have both in the Superior Court and in this Court demonstrated a *prima facie* case and so met the first condition set out above;

Whereas further the Supreme Court of Canada recently heard two cases on not exactly identical but similar points of law in *Baron v. Canada* and *Kourtesis v. M.N.R.* and those cases are currently reserved;

In view of *Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores Ltd.*; *Hunter v. Southam Inc.*; *Bâtiments Fafard inc./Fafard Building System Inc. v. R.* [J.E. 91-1611] and *Zeppetelli v. R.*

For these reasons:

Dismisses the appeal with costs.

([1992] R.D.F.Q. 44, at p. 45.)

Analysis

In *Metropolitan Stores*, *supra*, this Court expressly rejected the presumption of constitutional validity of legislation, understood in its literal sense, as it considered it to be "not compatible with the innovative and evolutive character" of the *Charter* (p. 124). The presumption of constitutional validity of legislation is at variance with the flexible and generous interpretation that should be given to the *Charter* in view of the nature of the rights and freedoms entrenched in it: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Interlocutory relief was refused in *Metropolitan Stores*, however, and the disputed provisions continued to apply while their constitutionality was being determined. That decision indicates that interlocutory orders suspending the application of legislation will not be granted automatically.

A cautious approach is all the more necessary as the government's activities have ramifications throughout all aspects of life in society. There is

appelants à des documents, livres et registres pouvant contenir des éléments personnels d'information et donc contrevenir à la protection accordée par la loi à la vie privée;

^a Considérant, sans que cette Cour se prononce sur la réalité ou l'existence des autres critères, que les intimés, tant devant la Cour supérieure que devant cette Cour, ont démontré une apparence de droit satisfaisant ainsi à la première condition énoncée plus haut;

^b Considérant, en outre, que la Cour suprême du Canada a entendu récemment deux instances portant sur des questions de droit non rigoureusement identiques mais similaires dans les affaires *Baron c. Canada* et *Kourtesis c. M.N.R.* et que ces causes sont à l'heure actuelle en délibéré;

^c Vu les arrêts *Procureur général du Manitoba c. Metropolitan Stores Ltd.*; *Hunter c. Southam Inc.*; *Bâtiments Fafard inc./Fafard Building System Inc. c. R.* [J.E. 91-1611] et *Zeppetelli c. R.*

^d Par ces motifs:

Rejette le pourvoi, avec dépens.

^e ([1992] R.D.F.Q. 44, à la p. 45.)

Analyse

^f Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, précité, notre Cour a expressément rejeté le principe de la présomption de constitutionnalité des lois, entendu dans son sens littéral, le jugeant «incompatible avec le caractère innovateur et évolutif» de la *Charte* (p. 124). La présomption de constitutionnalité des lois s'oppose, en effet, à l'interprétation souple et généreuse que doit recevoir la *Charte*, compte tenu de la nature des droits et libertés qui y sont enchâssés; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Le redressement interlocutoire a toutefois été refusé dans l'affaire *Metropolitan Stores* et l'application des dispositions contestées a suivi son cours durant la détermination de leur constitutionnalité. Cette décision nous enseigne que les ordonnances interlocutoires visant à suspendre l'exécution d'une loi ne seront pas accordées de manière systématique.

^j Une approche circonspecte est d'autant plus indiquée que les activités de l'administration ont des ramifications dans toutes les sphères de la vie

much other legislation, in addition to taxation statutes, that includes inspection or investigation systems the implementation of which might give rise to applications designed to impede their operation: legislation on the environment, the professions, labour, health and safety and securities transactions are some examples. The orchestration of a large number of activities regulated by the government might be compromised if litigants could easily avoid the application of legislation adopted by democratically elected legislatures, presumably in the public interest.

In addition there is the problem of systemic delays in court challenges. This cannot be ignored in deciding whether to grant interlocutory relief suspending the application of legislation for the duration of the proceedings. In the present appeal the search authorizations were issued in June 1990 in the *143471 Canada Inc.* case and in March 1991 in the *Tabah* case. In the former case the appeal from the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus* was dismissed by the Quebec Court of Appeal on May 18, 1994. In the latter the motion has not yet been dealt with at first instance. A final ruling on the validity of these motions, if it were to be made by this Court, is not to be expected for some time.

In this light, it is necessary to adopt an analytical framework that permits the reconciliation of the rights and freedoms entrenched in the *Charter* with the conduct of governmental affairs. Although this point was not expressly made by the parties, it seems to me entirely appropriate to use the analytical framework developed in *Metropolitan Stores*, even though this appeal does not raise the question of a stay of proceedings or an injunction. If granted, the remedy sought will exempt the respondents for all practical purposes from the application of the provisions of the Act regarding investigations until the legality of the searches has been determined.

The three criteria set out in *Metropolitan Stores* — *prima facie* case, irreparable harm and balance

en société. Outre les lois fiscales, on peut mentionner plusieurs autres régimes législatifs qui sont assortis de systèmes d'inspection ou d'enquête dont la mise en œuvre pourrait donner lieu à des demandes visant à en frustrer l'application: les lois environnementales, les lois professionnelles, les lois du travail, les lois sur la santé et la sécurité et les lois sur les transactions mobilières en sont quelques exemples. L'orchestration d'un grand nombre d'activités réglementées par l'État serait susceptible d'être compromise si les justiciables pouvaient aisément passer outre à l'application de lois adoptées par des législatures démocratiquement élues, présument dans l'intérêt public.

À cela s'ajoute le problème des lenteurs systématiques des contestations judiciaires. Il ne peut être ignoré lorsqu'il s'agit de décider de l'opportunité d'ordonner un redressement interlocutoire visant à suspendre, durant l'instance, l'application d'une loi. En l'espèce, les autorisations de perquisition ont été accordées en juin 1990 dans le dossier *143471 Canada Inc.*, et en mars 1991 dans le dossier *Tabah*. Dans le premier, l'appel de la requête en évocation, *certiorari* et *mandamus* a été rejeté par la Cour d'appel du Québec le 18 mai 1994. Dans le second, la requête n'a pas encore été tranchée en première instance. Une détermination définitive du bien-fondé de ces requêtes, si elle devait être prononcée par notre Cour, n'est pas à prévoir avant quelque temps.

Dans cette perspective, on comprend la nécessité de recourir à un cadre d'analyse qui permet de réconcilier le respect des droits et libertés enchâssés dans la *Charte* avec la poursuite des activités de l'administration. Bien que ce point n'ait pas été explicitement souligné par les parties, il me semble tout à fait approprié de recourir au cadre d'analyse élaboré dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, même s'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de suspension d'instance ou d'injonction. S'il est accordé, le remède recherché exemptera les intimés, à toute fin pratique, de l'application des dispositions de la Loi concernant les enquêtes jusqu'à ce que la légalité des perquisitions ait été déterminée.

Les trois critères énoncés dans l'arrêt *Metropolitan Stores* — l'apparence de droit, le préjudice

of convenience — have recently been revisited by this Court in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. My colleagues Sopinka and Cory JJ. there made an analysis of the principles with which I entirely agree. There is no need to repeat it except as necessary to explain its application to the present case.

Prima Facie Case

The requirement of a *prima facie* case is explained by the concern with preventing a litigant from avoiding the application of legislation by simply arguing that it is unconstitutional. There must be a mechanism to ensure that frivolous or vexatious actions will not systematically result in interlocutory relief intended to impede the application of legislation. In cases involving a constitutional challenge, particularly when it is based on the *Charter*, the application of this criterion will be more flexible if the public interest is considered in the analysis of the balance of convenience. It will then be sufficient to note that there is a serious question to be tried. This greater flexibility is necessary in view of the inherent difficulties of determining, at the interlocutory stage, the validity of the constitutional challenge, given the limited evidence and the effect that an exemption from or suspension of the application of a statute can have not only on the parties but also on the public interest.

The appellants argue that the provisions authorizing the searches are in accordance with the principles set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. They criticize the Court of Appeal for relying on the fact that *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, and *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, were still reserved at the time it rendered its decision concluding that there was a *prima facie* case. In this Court they argued that there is no longer a *prima facie* case in view of the Court's conclusions in *Baron*.

In the 143471 *Canada Inc.* case, although the issue is limited to the constitutionality of ss. 40 and

irréparable et la prépondérance des inconvénients — ont été revus récemment par notre Cour dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311. Mes collègues, les juges Sopinka et Cory, ont fait une analyse des principes à laquelle je souscris entièrement. Il n'y a pas lieu d'y revenir, si ce n'est pour en préciser l'application à la présente instance.

L'apparence de droit

L'exigence d'une apparence de droit s'explique par le souci de prévenir qu'un justiciable bénéficie de l'exemption de l'application d'une loi simplement en invoquant son inconstitutionnalité. Il doit, en effet, exister un mécanisme garantissant que les recours futiles ou vexatoires ne donneront pas systématiquement lieu à des mesures interlocutoires visant à frustrer l'application des lois. Dans l'hypothèse d'une contestation de constitutionnalité, particulièrement lorsqu'elle se fonde sur la *Charte*, l'appréciation de ce critère sera assouplie si l'intérêt public est envisagé dans l'analyse de la prépondérance des inconvénients. Il suffira alors de noter l'existence d'une question sérieuse à trancher. Cet assouplissement est nécessaire en raison des difficultés inhérentes de déterminer, au stade interlocutoire, le bien-fondé de la contestation de constitutionnalité, compte tenu de la preuve limitée et de l'incidence que l'exemption ou la suspension de l'application d'une loi peuvent avoir non seulement sur les parties, mais également sur l'intérêt public.

Les appelants prétendent que les dispositions autorisant les perquisitions sont conformes aux principes énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Ils reprochent à la Cour d'appel de s'être fondée sur le fait que les arrêts *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, et *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, étaient en délibéré, à l'époque où elle a rendu sa décision, pour conclure à l'apparence de droit. Ils soutiennent devant nous qu'il n'y a plus d'apparence de droit, vu les conclusions de notre Cour dans l'arrêt *Baron*.

Dans le dossier 143471 *Canada Inc.*, bien que le litige soit exclusivement circonscrit à la constitu-

40.1 of the Act, the respondents put forward other arguments that s. 40 of the Act is unconstitutional, in addition to those dealt with by this Court in *Baron*. They concede that the latter are now academic. The respondents rely *inter alia* on the fact that there is no requirement to allege the commission of an offence, or the identification of the premises or the things to be seized; on the argument that s. 40 of the Act is unconstitutional since it is the Minister who technically issues the search warrant; on the fact that there is no express requirement that the judge's authorization be given before the warrant is issued or even before the seizure is carried out; and on the combined effect of ss. 40 and 40.1 of the Act and the legality of "fishing expeditions".

The respondents also plead the unconstitutionality of s. 40.1 of the Act, which refers to the "plain view" doctrine, in support of the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus* in the *Tabah* case. This practice has been approved on several occasions by Canadian courts. However, this Court has never ruled on its constitutionality under s. 8 of the *Charter*. Finally, in addition to the argument that the provision authorizing the seizures is unconstitutional, the respondents argue that the information was inadequate and the seizures were unreasonable.

Since this Court has taken a liberal approach to the application of the first criterion, I am prepared to conclude that there is in both cases a *prima facie* case. I hasten to add that the Quebec Court of Appeal could not have come to any other conclusion at the time it dealt with the matter since its decision was rendered when *Baron* and *Kourtessis*, *supra*, were under reserve.

One can certainly question whether the fact that the Quebec Superior Court dismissed the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus* in the *143471 Canada Inc.* case imposes a heavier burden in meeting the first criterion. This argument was made by the appellants, who objected that the Court of Appeal had not applied its own case law on stays of proceedings, by virtue of which a stay will very seldom be ordered when there is no

tionnalité des art. 40 et 40.1 de la Loi, les intimés invoquent d'autres motifs d'inconstitutionnalité de l'art. 40 de la Loi, en sus de ceux dont a disposé notre Cour dans l'arrêt *Baron*. Ils concèdent d'ailleurs que ces derniers sont désormais académiques. Les intimés invoquent, entre autres motifs, l'absence d'exigence d'une référence à l'infraction ou d'une identification des lieux ou des effets à être saisis; l'inconstitutionnalité de l'art. 40 de la Loi en regard du fait que c'est le ministre qui, techniquement, délivre le mandat de perquisition; l'absence d'exigence explicite que l'autorisation du juge soit donnée avant la délivrance du mandat ou même avant l'exécution de la saisie; l'effet combiné des art. 40 et 40.1 de la Loi et la légalité des «fouilles en vrac».

Les intimés plaident également l'inconstitutionnalité de l'art. 40.1 de la Loi, qui réfère à la doctrine du «plain view» ou la saisie d'objets à vue, au soutien du recours en évocation, *certiorari* et *mandamus*, dans le dossier *Tabah*. Cette pratique a été validée à quelques reprises par les tribunaux canadiens. Toutefois, notre Cour ne s'est jamais prononcée sur sa constitutionnalité à la lumière de l'art. 8 de la *Charte*. Enfin, les intimés invoquent l'insuffisance de la dénonciation et le caractère abusif des saisies, en sus de l'inconstitutionnalité du texte les autorisant.

Puisque notre Cour s'est montrée peu exigeante dans la démonstration du premier critère, je suis disposé à conclure à l'apparence de droit et ce, à l'égard des deux dossiers. Je m'empresse d'ajouter que la Cour d'appel du Québec ne pouvait faire autrement qu'arriver à cette conclusion à l'époque où elle a tranché la question, sa décision ayant été rendue alors que les affaires *Baron* et *Kourtessis*, précitées, étaient en délibéré.

On peut certes se demander si le rejet du recours en évocation, *certiorari* et *mandamus*, dans le dossier *143471 Canada Inc.*, impose aux intimés un fardeau plus lourd dans la démonstration du premier critère. Cet argument a été soulevé par les appelants, qui reprochent à la Cour d'appel de n'avoir pas appliqué sa propre jurisprudence en matière de sursis, selon laquelle une suspension de procédures ne sera ordonnée qu'exceptionnelle-

apparent defect in the lower court judgment. The dismissal of the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus* by the Superior Court is certainly a relevant factor, but is not, in this case, sufficient to alter the fact that serious questions have been raised by the respondents. I do not think that the precedents regarding stay of proceedings should be applied without qualification when the constitutionality of legislation is challenged under the *Charter*, in view of the importance and complexity of the rights and freedoms it entrenches.

Having thus not been persuaded that the respondents' motions in evocation, *certiorari* and *mandamus* are frivolous or vexatious, I propose to analyse the other two steps of the test set forth in *Metropolitan Stores*.

Irreparable Harm

The irreparable harm criterion refers to the harm the applicant may suffer if the interlocutory relief is not granted. If there is no harm or it can be adequately compensated for by an award of damages, there will be little reason to exempt the applicant from the application of the law. In *RJR — MacDonald, supra*, this Court noted that this view of harm is of limited application when a breach of the *Charter* is alleged. The concept of "irreparable harm" is often associated with that of damages. However, a monetary remedy is not always contemplated in cases where the *Charter* is invoked. This results from the nature of the rights it guarantees and of the parties. That is why the Court held that in most situations the existence of irreparable harm must be presumed. But when the alleged harm itself takes the form of a breach of a right protected by the *Charter*, as it does here, the judge who has the responsibility for ruling on the merits of the interlocutory motion is in the best position to determine its nature and extent and whether it is irreparable.

ment lorsque le jugement de l'instance inférieure n'a pas de faiblesse apparente. Le rejet de la requête en évocation, *certiorari* et *mandamus* par la Cour supérieure est un facteur certes pertinent, mais insuffisant en l'espèce pour éliminer le sérieux des questions soulevées par les intimés. Je ne crois pas que la jurisprudence en matière de sursis devrait être appliquée, sans aucune qualification, lorsque la constitutionnalité d'une disposition législative est contestée en vertu de la *Charte*, compte tenu de l'importance et de la complexité des droits et libertés qu'elle enchâsse.

En conséquence, puisque je ne suis pas convaincu de la frivolité ou du caractère vexatoire des recours en évocation, *certiorari* et *mandamus* des intimés, je me propose d'analyser les deux autres étapes du test énoncé dans l'arrêt *Metropolitan Stores*.

Le préjudice irréparable

Le critère du préjudice irréparable réfère au tort qu'est susceptible d'encourir le requérant dans l'hypothèse où le redressement interlocutoire n'est pas accordé. Si le préjudice est inexistant ou susceptible d'être adéquatement indemnisé par un octroi de dommages-intérêts, il y aura peu d'intérêt à exempter le requérant de l'application de la loi. Dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, précité, notre Cour soulignait que cette conception du préjudice est d'application restreinte lorsqu'une violation de la *Charte* est alléguée. La notion de «préjudice irréparable» est souvent associée à celle de dommages-intérêts. Or, une solution pécuniaire n'est pas toujours envisagée dans les instances où la *Charte* est invoquée. Cela tient à la nature des droits qu'elle garantit et à celle des parties qui s'affrontent. C'est la raison pour laquelle la Cour a conclu à la nécessité de présumer, dans la plupart des hypothèses, l'existence d'un préjudice irréparable. Mais, lorsque le préjudice allégué prend lui-même la forme d'une atteinte à un droit protégé par la *Charte*, comme en l'espèce, le juge chargé de se prononcer sur le bien-fondé de la requête interlocutoire est dans une position privilégiée pour en déterminer la nature, l'étendue et le caractère irréparable.

Harm is generally viewed from the standpoint of the person seeking to benefit from the interlocutory relief. Others view it from the standpoint of the person against whom the motion is directed. Although one could at this stage consider the type of harm the Ministère du Revenu might incur if an impounding order were upheld, in my view it is preferable to consider this issue when the balance of convenience is being determined. The same is true of irreparable harm to the public interest. This was the approach taken by this Court in *RJR — MacDonald*, and, as I see it, it is the right one.

The respondents contend that if no impounding order is made they will suffer harm since the examination of the contents of the seized documents by the tax authorities will result in an infringement of their right to privacy. Such harm, they say, would by its very nature be irreparable. The respondents argue that if individuals have the right to be protected against state intrusions and to have the legality of such intrusions tested, it follows that the courts have the power — and the duty — to protect the privacy of the documents seized and preserve the *status quo* by ordering that the documents be impounded until the legality of the searches has been determined. The appellants, on the other hand, argue that the respondents would suffer no harm because any reasonable expectations of privacy they might have are limited or perhaps even non-existent.

The conclusion that the respondents will suffer irreparable harm seems at first sight irrefutable, since they are relying on a breach of a constitutionally protected right, the infringement of which is itself an extension of that resulting from the search. This was the view taken by the Quebec Court of Appeal in *Zeppetelli*, *supra*, relied on by Hannan and Marquis J.J. in the case at bar, in concluding that there was irreparable harm. In that case Baudouin J.A. relied on the following passage from this Court's decision in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 430, in support of the conclu-

Le préjudice est généralement apprécié dans la perspective de celui ou celle qui désire profiter du redressement interlocutoire. D'aucuns l'évaluent dans la perspective de celui ou celle contre qui la requête est dirigée. Bien que l'on puisse, à cette étape, se questionner sur la nature du préjudice qu'est susceptible d'encourir le ministère du Revenu si l'entiercement était maintenu, je suis d'avis qu'il est préférable d'envisager cette question lors de la détermination de la prépondérance des inconvénients. Il en va de même, à mon avis, de celle du préjudice irréparable à l'intérêt public. C'est cette perspective qui a été adoptée par la Cour dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, et elle m'apparaît bien fondée.

Les intimés soutiennent qu'en l'absence d'une ordonnance d'entiercement, ils subiront un préjudice de la nature d'une atteinte à leur droit à la vie privée, du fait de la prise de connaissance, par les autorités fiscales, du contenu des documents saisis. Un tel préjudice serait, par sa nature, irréparable. Les intimés font valoir que si les citoyens ont le droit d'être protégés contre les intrusions de l'État et s'ils peuvent en faire réviser la légalité, il s'ensuit que les tribunaux ont le pouvoir — et le devoir — de protéger le caractère privé des documents saisis et de préserver le statu quo en ordonnant leur entiercement jusqu'à ce que soit déterminée la légalité des perquisitions. Les appelants soutiennent, au contraire, que les intimés ne subissent aucun préjudice puisque les attentes raisonnables qu'ils peuvent entretenir en matière de vie privée sont réduites, voire inexistantes.

La conclusion selon laquelle les intimés subissent un préjudice irréparable semble à première vue incontournable puisque ceux-ci invoquent une atteinte à un droit constitutionnellement protégé dont la violation s'inscrit elle-même dans la continuité de celle engendrée par la perquisition. C'est dans ce sens qu'opinaient la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Zeppetelli*, précité, que les juges Hannan et Marquis ont invoqué dans la présente instance pour conclure à l'existence d'un préjudice irréparable. Dans cette affaire, le juge Baudouin s'est appuyé sur le passage suivant de la décision

sion that if there was no impounding the respondents would suffer irreparable harm:

One further general point must be made, and that is that if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures. Invasions of privacy must be prevented, and where privacy is outweighed by other societal claims, there must be clear rules setting forth the conditions in which it can be violated. This is especially true of law enforcement, which involves the freedom of the subject. [Emphasis in original.]

In *Zeppetelli* Baudouin J.A. concluded as follows, at p. 356:

[TRANSLATION] In this case, therefore, impounding is a preventive measure inherent in the constitutional protection of privacy from a seizure which might eventually be found to be unreasonable. According to the rule stated by the Supreme Court, the injury caused would thus be irreparable, as disclosure would be an invasion of privacy and make the protection afforded by the Charter meaningless.

However, the present case can be distinguished from *Dymnt*, where the respondent was challenging the seizure of a bodily fluid without prior authorization. The respondents are objecting here to the examination by the tax authorities of the contents of business documents the seizure of which was previously authorized. The existence of irreparable harm cannot be inferred simply because a breach of a right protected by the *Charter* is alleged or because the main proceeding itself involves the infringement of an entrenched right. In the present case not only have the courts not yet made a final ruling on whether the searches are unreasonable, but the Quebec Superior Court dismissed the motion in evocation, *certiorari* and *mandamus* in the *143471 Canada Inc.* case. It seems wrong to conclude as a matter of principle that the right to privacy must in all circumstances take priority over any other interest, for example over giving effect to legislation adopted in the public interest. Both the right and the alleged infringe-

de notre Cour dans *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 430, afin d'étayer le point de vue selon lequel en l'absence d'entiercement, les intimés subiraient un préjudice irréparable:

Une dernière remarque d'ordre général s'impose, à savoir que si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être enfreint. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'application de la loi, qui met en cause la liberté du sujet. [Souligné dans l'original.]

Le juge Baudouin concluait de la sorte, dans l'arrêt *Zeppetelli*, à la p. 356:

Dans ce cas donc, l'entiercement est une mesure préventive inhérente à la protection constitutionnelle de la vie privée à l'encontre d'une saisie qui pourrait être éventuellement déclarée abusive. Selon la règle posée par la Cour suprême, le tort causé serait donc irréparable, la divulgation atteignant la vie privée et rendant caduque la protection accordée par la Charte.

La présente instance se distingue toutefois de l'affaire *Dymnt*, où l'intimé contestait la saisie, sans autorisation préalable, d'un liquide organique. Les intimés s'opposent ici à la prise de connaissance, par les autorités fiscales, du contenu de documents d'affaires dont la saisie a été préalablement autorisée. Or, l'existence d'un préjudice irréparable ne peut s'inférer simplement parce qu'une atteinte à un droit protégé par la *Charte* est alléguée ou encore parce que l'instance principale met elle-même en cause la violation d'un droit enchâssé. En l'espèce, non seulement les tribunaux n'ont pas encore définitivement statué sur le caractère abusif des perquisitions, mais la Cour supérieure du Québec a rejeté la requête en évocation, *certiorari* et *mandamus* dans le dossier *143471 Canada Inc.* Il m'apparaît fallacieux de conclure, comme question de principe, que le droit à la vie privée doit recevoir, en toute circonstance, la priorité sur tout autre intérêt, par exemple sur le respect et l'application de lois adoptées dans l'intérêt

ment must be placed in context: see *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, and *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. Accordingly, before concluding that the harm is "irreparable", as required by the second criterion, the existence and extent of the harm must be determined, something which the Court of Appeal seems to have failed to do in the case at bar since it simply said that the seized documents might [TRANSLATION] "contain personal items of information and so contravene the protection of privacy guaranteed by law" (p. 45 R.D.F.Q.).

There is considerable merit in the proposition that persons who decide to engage in activities regulated by the government are subject to a diminution of their expectations of privacy. In that case, it can be presumed that they have agreed to be subject to the obligations imposed by the legislature that are inherent in the conduct of such activities; see *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. While in *McKinlay Transport*, *supra*, this Court was of the view that power given by s. 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, came within the ambit of s. 8 of the *Charter*, it held that the criteria laid down in *Hunter v. Southam Inc.* could be applied more flexibly in a regulatory context. After analysing several lower court decisions, Wilson J. wrote, at p. 647:

I refer to these cases not to approve or disapprove the results achieved but rather as evidence of the need to take a flexible and purposive approach to s. 8 of the *Charter*. It is consistent with this approach, I believe, to draw a distinction between seizures in the criminal or quasi-criminal context to which the full rigours of the *Hunter* criteria will apply, and seizures in the administrative or regulatory context to which a lesser standard may apply depending upon the legislative scheme under review.

McKinlay Transport dealt with the constitutionality of a provision authorizing the tax authorities to require the production of documents. Such a

public. Il est nécessaire de replacer dans son contexte tant le droit que la violation alléguée; voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, et *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Aussi, avant de conclure au caractère «irréparable» du préjudice, condition de satisfaction du second critère, encore faut-il s'assurer de son existence et de sa portée, ce que semble avoir omis de faire la Cour d'appel dans la présente instance, puisqu'elle a simplement affirmé que les documents saisis pouvaient «contenir des éléments personnels d'information et donc contrevenir à la protection accordée par la loi à la vie privée» (p. 45 R.D.F.Q.).

Il y a beaucoup de mérite dans la proposition selon laquelle les personnes qui décident de s'engager dans des activités réglementées par l'État voient leurs attentes en matière de protection de la vie privée considérablement réduites. Dans une telle hypothèse, on peut présumer qu'elles ont accepté d'être assujetties aux obligations imposées par le législateur inhérentes à la conduite de ces activités; voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, bien que notre Cour fût d'avis que le pouvoir énoncé au par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, était visé par l'art. 8 de la *Charte*, elle jugea que les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* pouvaient être assouplis dans le contexte réglementaire. Après avoir analysé plusieurs décisions d'instances inférieures, le juge Wilson écrivait, à la p. 647 de l'arrêt:

Je cite ces arrêts non pour en approuver ou désapprouver l'issue mais plutôt pour prouver la nécessité d'une interprétation de l'art. 8 de la *Charte* qui soit souple et fondée sur l'objet visé. J'estime qu'il est conforme à cette interprétation de faire une distinction entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent dans toute leur rigueur les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné.

L'arrêt *McKinlay Transport* portait sur la constitutionnalité d'une disposition permettant aux autorités fiscales d'exiger la production de documents.

power, though it was characterized as a “seizure” within the meaning of s. 8 of the *Charter*, was nonetheless different from the power to “search”. This distinction was the basis for the qualification to the application of the criteria set out in *Hunter v. Southam Inc.* In *Thomson Newspapers*, I underlined that the more invasive character of a search was referable to the importance individuals attached to the inviolability of their homes, and of their workplaces. I added, at p. 522 of the judgment:

The requirement to submit to a search of business premises by agents of the state can therefore amount to a requirement to reveal aspects of one’s personal life to the chilling glare of official inspection. It seriously invades the right to be secure against unreasonable search and seizure. This is not the case with a power to order the production of records and documents relevant to the investigation of anti-competitive offences; there the eyes of the state can see no further than the business records it is entitled to demand. [Emphasis in original.]

The reasons of L’Heureux-Dubé J. were essentially to the same effect, at p. 594:

Although they are functional equivalents, a requirement to produce documents impairs considerably less on a corporation’s or an individual’s privacy than the actual entry into, and search of, its place of business or home. This is especially so, in the case of corporations, since, for the reasons given above, a corporation’s privacy interest with respect to a request for documents is relatively low.

Wilson J. also made the point in *McKinlay Transport*, at p. 649:

Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. The reason for this is that, while a taxpayer may have little expectation of privacy in relation to his business records relevant to the determination of his tax liability, he has a significant privacy interest in the inviolability of his home.

Un tel pouvoir, bien qu’il fût qualifié de «saisie» au sens de l’art. 8 de la *Charte*, se distinguait toutefois du pouvoir de «perquisition». Cette distinction est d’ailleurs à l’origine des tempéraments que j’ai apportés dans l’application des critères énoncés dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, j’ai souligné que le caractère davantage envahissant d’une perquisition s’expliquait par l’importance que les particuliers accordaient à l’intégrité de leur domicile, tout autant qu’à celle de leur lieu de travail. J’ajoutais, à la p. 522 de cet arrêt:

L’obligation de subir la perquisition des lieux de l’entreprise par des fonctionnaires de l’État peut donc revenir à obliger le particulier à révéler des aspects de sa vie privée au regard froid de fonctionnaires. Cela porte sérieusement atteinte au droit d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. On ne peut dire la même chose du pouvoir d’ordonner la production de dossiers et de documents qui ont rapport à l’enquête relative à une infraction contre la concurrence: alors, le regard de l’État s’arrête aux dossiers de l’entreprise qu’il peut exiger. [Souligné dans l’original.]

Les motifs du juge L’Heureux-Dubé étaient sensiblement au même effet, à la p. 594:

Bien que l’un et l’autre soient équivalents sur le plan pratique, l’obligation de produire des documents porte une atteinte beaucoup moins grave à la vie privée d’une société ou d’un particulier que la perquisition de ses bureaux ou de son domicile. Cela est particulièrement vrai dans le cas des sociétés commerciales car, pour les motifs déjà exposés, le droit à la vie privée d’une société commerciale face à une demande de documents est relativement limité.

Le juge Wilson réitérait ce point de vue dans l’arrêt *McKinlay Transport*, à la p. 649:

Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d’un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. La raison en est que même s’il est possible que le contribuable s’attende peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l’impôt, il n’en attache pas moins d’importance au respect de l’inviolabilité de son domicile.

In the case at bar the warrants have already been executed. The question whether the searches were unreasonable is currently before the Quebec courts. In the context of the present appeal the harm claimed by the respondents relates solely to the fact that the tax authorities will learn the content of the documents seized. Any reasonable expectations of privacy the respondents may have regarding the content of those documents are considerably reduced owing to their relevance in establishing the tax profile of their business and the responsibilities they assume as agents of the government in collecting the meals and hotels tax. In this regard, the keeping of several documents seized by the appellants is required by the Act. Section 34(1) provides:

34. (1) Every person who carries on a business or is bound under a fiscal law to deduct, withhold or collect an amount must keep registers and books of account, including an annual inventory in the prescribed manner, at his place of business or residence or at any other place designated by the Minister.

The registers and books shall be kept in the appropriate form and contain information enabling the establishment of the amount that must be deducted, withheld, collected or paid under a fiscal law.

The Act gives the Minister of Revenue certain powers to audit books and registers. Section 38(a) of the Act provides:

38. Any person authorized to do so by the Minister may, for every purpose dealing with the application or enforcement of a fiscal law, enter at any suitable time the premises or places in which a business is carried on or property is kept or in which anything is done relating to any business or where books or registers in accordance with a fiscal law are or must be kept.

The person so authorized by the Minister may:

(a) audit or examine the books and registers and any account, voucher, letter, telegram or other document which may relate to the information contained or that should be contained in the books or registers or to the amount of any duty that must be paid, deducted, withheld or collected under a fiscal law;

En l'espèce, les mandats ont déjà été exécutés. La détermination du caractère abusif des perquisitions est à l'heure actuelle pendante devant les tribunaux québécois. Dans le cadre du présent recours, le préjudice qu'invoquent les intimés s'intéresse uniquement à la prise de connaissance, par les autorités fiscales, du contenu des documents saisis. Or, les attentes raisonnables que les intimés peuvent entretenir en matière de vie privée à l'égard du contenu de ces documents sont considérablement réduites en raison de leur pertinence dans l'établissement du profil fiscal de leur entreprise et des responsabilités qu'ils assument à titre de mandataires du gouvernement quant à la perception de la taxe sur les repas et l'hôtellerie. À cet égard, la tenue de plusieurs documents saisis par les appelants est exigée par la Loi. L'article 34, par. 1 prévoit:

34. 1. Quiconque exploite une entreprise ou est tenu de déduire, retenir ou percevoir un montant en vertu d'une loi fiscale doit tenir, en la manière prescrite, des registres et des livres de comptes, y compris un inventaire annuel, à son lieu d'affaires ou de résidence ou à tout autre lieu que le ministre désigne.

Ces registres et livres doivent être tenus dans la forme appropriée et renfermer les renseignements permettant d'établir tout montant qui doit être déduit, retenu, perçu ou payé en vertu d'une loi fiscale.

La Loi confère au ministre du Revenu certains pouvoirs de vérification des livres et registres. L'alinéa 38a) de la Loi prévoit:

38. Toute personne qui y est autorisée par le ministre peut, pour toute fin ayant trait à l'application ou à l'exécution d'une loi fiscale, pénétrer en tout temps convenable dans tous lieux ou endroits dans lesquels une entreprise est exploitée ou des biens sont gardés ou dans lesquels il se fait quelque chose se rapportant à des affaires quelconques ou dans lesquels sont ou devraient être tenus des livres ou registres en conformité d'une loi fiscale.

La personne ainsi autorisée par le ministre peut:

a) vérifier ou examiner les livres et registres, et tout compte, pièce justificative, lettre, télégramme ou autre document pouvant se rapporter aux renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres ou au montant de tout droit qui devrait être payé, déduit, retenu ou perçu en vertu d'une loi fiscale;

Section 39 of the Act gives the Minister of Revenue power to require the production of information and documents:

39. The Minister may, by a formal demand delivered by registered or certified mail or personal service require from any person that he file by registered or certified mail or personal service, within a reasonable delay fixed in the demand:

(a) information or additional information, including a return, report or supplementary return or report exigible under a fiscal law, or

(b) books, letters, accounts, invoices, financial statements or other documents.

The constitutionality of a similar provision has already been determined by this Court in *McKinlay Transport*, *supra*, as it relates to the expectation of privacy of a taxpayer. In any event, it does not arise in the present case. The way in which the tax authorities obtained copies of the documents does not alter the nature of the information they contain. In either case the same documents are in question. The search warrants in the case at bar and the seizures resulting from their issuance were directed only at the respondents' business documents, production of which may be required under the Act.

The Act further provides that a person may object to the production or seizure of documents containing information protected by professional privilege: see ss. 46 and 53 of the Act respectively. Some of the respondents raised this objection in the present case, and documents seized in the accountants' offices were sealed and entrusted to the prothonotary of the Superior Court pursuant to s. 46 of the Act.

Finally, disclosure of the information contained in the seized documents is itself prohibited by the Act: the tax authorities may not disclose informa-

L'article 39 de la Loi confère au ministre du Revenu le pouvoir d'exiger la production de renseignements et de documents:

39. Le ministre peut, par une demande péremptoire qu'il transmet par poste recommandée ou certifiée ou par signification à personne, exiger d'une personne dans le délai raisonnable qu'il fixe la production par poste recommandée ou certifiée ou par signification à personne:

a) de renseignements ou de renseignements supplémentaires, y compris une déclaration ou un rapport ou une déclaration ou un rapport supplémentaire exigibles en vertu d'une loi fiscale, ou

b) de livres, lettres, comptes, factures, états financiers ou autres documents.

La constitutionnalité d'une disposition analogue a déjà été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, à la lumière des attentes raisonnables qu'un contribuable pouvait entretenir en matière de vie privée. À tout événement, elle ne se pose pas en l'espèce. Mais la manière dont les autorités fiscales ont obtenu copie des documents n'altère pas la nature des informations qu'ils contiennent. Il s'agit, dans l'une ou l'autre hypothèse, des mêmes documents. Dans la présente instance, les mandats de perquisition, de même que les saisies consécutives à leur délivrance, ne visaient que les documents d'affaires des intimés dont la production peut être exigée en vertu de la Loi.

La Loi prévoit en outre qu'une personne peut s'opposer à la production ou à la saisie de documents qui contiennent des renseignements protégés par le secret professionnel; voir, respectivement, les art. 46 et 53 de la Loi. Certains intimés ont fait valoir une telle opposition dans la présente instance et des documents saisis aux bureaux des comptables ont été mis sous scellé et confiés au protonotaire de la Cour supérieure, conformément à l'art. 46 de la Loi.

Enfin, la divulgation des informations contenues dans les documents saisis est elle-même circonscrite par la Loi: les autorités fiscales ne peuvent

tion obtained in the course of their investigation. The first paragraph of s. 69 of the Act provides:

69. All information obtained in the application of a fiscal law is confidential. No public servant shall use such information for any purpose not provided for by law, communicate such information or allow it to be communicated to a person not legally entitled thereto or allow such a person to examine a document containing such information or have access to it.

These provisions minimize the risk that the respondents may suffer harm as a result of the implementation by the tax authorities of the investigative scheme provided by the Act. Their significance cannot be disregarded. They echo the concerns I expressed in *Dyment, supra*, at pp. 429-30:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. . . . In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

Similarly, in *McKinlay Transport, supra*, Wilson J. noted at p. 650:

A taxpayer's privacy interest with regard to these documents *vis-à-vis* the Minister is relatively low. The Minister has no way of knowing whether certain records are relevant until he has had an opportunity to examine them. At the same time, the taxpayer's privacy interest is protected as much as possible since s. 241 of the Act protects the taxpayer from disclosure of his records or the information contained therein to other persons or agencies.

Some may be concerned that the seized documents may contain information of a personal nature. However, that possibility is not, in my view, sufficient to alter the reasonable expectations

divulguer les renseignements obtenus dans le cadre de leur enquête. Le premier alinéa de l'art. 69 de la Loi stipule en effet:

69. Sont confidentiels tous renseignements obtenus dans l'application d'une loi fiscale. Il est interdit à tout fonctionnaire de faire usage d'un tel renseignement à une fin non prévue par la loi, de communiquer ou de permettre que soit communiqué à une personne qui n'y a pas légalement droit un tel renseignement ou de permettre à une telle personne de prendre connaissance d'un document contenant un tel renseignement ou d'y avoir accès.

Ces dispositions minimisent le risque que les intimés subissent un préjudice consécutif à la mise en œuvre, par les autorités fiscales, du régime d'enquête prévu à la Loi. On ne peut ignorer leur importance. Elles font écho aux préoccupations que j'exprimais dans l'arrêt *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430:

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. [...] Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

De même, dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, le juge Wilson faisait valoir, à la p. 650:

Le droit du contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard de ces documents est relativement faible vis-à-vis le Ministre. Ce dernier est absolument incapable de savoir si certains documents sont utiles avant d'avoir eu la possibilité de les examiner. En même temps, le droit du contribuable à la protection de sa vie privée est garanti autant qu'il est possible de le faire puisque l'art. 241 de la Loi interdit la communication de ses documents et des renseignements qu'ils contiennent à d'autres personnes ou organismes.

D'aucuns peuvent craindre que les documents saisis puissent contenir des éléments d'information à caractère personnel. Mais l'existence d'une telle possibilité est, selon moi, insuffisante pour modi-

of privacy of taxpayers in respect of such documents. On the one hand, the Act itself does not permit the seizure of documents containing personal information. Sections 38 and 40 of the Act, as well as s. 39 which authorizes a demand for the production of documents, are directed only at documents the contents of which have some connection with the application of tax legislation to taxpayers. In the highly unlikely event that documents containing information of a personal nature were seized in the course of exercising investigative powers, a taxpayer could always apply to the courts, seeking their exclusion and any other appropriate relief on the ground, for example, that this went beyond the investigators' statutory authority. On the other hand, the respondents themselves have never claimed that documents of that kind were in fact seized in the case at bar. Indeed, the appellants submitted uncontradicted evidence that all the documents seized, including those seized in the private homes of some of the respondents, were covered by the search warrants and related to their business affairs, in particular to the application of the Act to them. This can be seen by examining the written authorizations and the inventory of the documents seized. In the *143471 Canada Inc.* case, for example, the written authorization of the Deputy Minister of Revenue limited the search as follows:

[TRANSLATION] . . . to search for documents, books, registers, papers or things described in the said written authorization from the judge of the Court of Quebec, namely documents, books, registers, papers or things concerning the operation by 143 471 Canada Inc. of its establishment . . . and the collection by it of the tax provided for in the Meals and Hotels Tax Act (R.S.Q., c. T-3) during the period from June 26, 1985 to June 30, 1988, in particular:

- (a) general ledger, sales journal, purchases journal, cash receipts journal, cash disbursements journal, subsidiary journals, wages journal, general journal;
- (b) extra-accounting registers and work sheets, sales invoices, purchase invoices, financial statements, bank statements, cheques returned paid, deposit

fier les attentes raisonnables que les contribuables peuvent entretenir en matière de vie privée à l'égard de tels documents. D'une part, la Loi elle-même ne permet pas la saisie de documents contenant des renseignements à caractère personnel. Les articles 38 et 40 de la Loi, de même que l'art. 39 qui permet d'exiger la production de documents, ne s'intéressent qu'à ceux dont le contenu a un rapport avec l'assujettissement des contribuables aux lois fiscales. Dans l'éventualité fort hypothétique où des documents contenant des éléments d'information à caractère personnel seraient saisis dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'enquête, un contribuable pourrait toujours s'adresser aux tribunaux pour en demander l'exclusion et tout autre redressement approprié, en invoquant, par exemple, le fait que les enquêteurs ont outrepassé les pouvoirs qui leur sont conférés en vertu de la Loi. D'autre part, les intimés n'ont eux-mêmes jamais prétendu que de tels documents avaient effectivement été saisis en l'espèce. Les appelants ont d'ailleurs présenté une preuve non contredite à l'effet que tous les documents saisis, incluant ceux qui l'ont été au domicile privé de certains intimés, étaient visés par les mandats de perquisition et se rapportaient à leurs affaires commerciales, plus particulièrement à leur assujettissement à la Loi. On peut s'en convaincre en examinant les autorisations écrites et l'inventaire des documents saisis. Dans le dossier *143471 Canada Inc.*, par exemple, l'autorisation écrite du sous-ministre du Revenu limitait ainsi la perquisition:

. . . pour y rechercher les documents, livres, registres, papiers ou choses décrits dans ladite autorisation écrite du juge de la Cour du Québec, à savoir des documents, livres, registres, papiers ou choses relatifs à la tenue par 143 471 Canada Inc. de son établissement . . . et à la perception par elle de la taxe prévue à la Loi concernant la taxe sur les repas et l'hôtellerie (L.R.Q., c. T-3), au cours de la période du 26 juin 1985 au 30 juin 1988, notamment:

- a) grand livre général, journal des ventes, journal des achats, journal de caisse-recettes, journal de caisse-déboursés, journaux auxiliaires, journal des salaires, journal général;
- b) registres et feuilles de travail extra-comptables, factures de ventes, factures d'achats, états financiers, états de banque, chèques retournés payés, borde-

slips and other supporting documents, including contracts concluded with its customers and all documents appended thereto;

- (c) lists, notebooks or other documents containing information relating or that may be related to the sales of 143 471 Canada Inc. or to the collection by it of the meals and hotels tax;

which may serve as evidence of the offence mentioned in the said written authorization by the judge of the Court of Quebec . . .

The documents seized in the search made in the *143471 Canada Inc.* case correspond to those identified in the search warrant: bank statements, journal entries, purchase invoices, cheque stubs, cheques debited, financial statements, wages book, receipt contracts and so on. The same is true of the documents seized in the *Tabah* case, though the written authorizations and corresponding seizures are more detailed since the information indicated several breaches of the Act. In any event both the authorizations to search and the documents seized related only to the respondents' business affairs, in particular those required to conform with the Act, and did not concern any document likely to contain personal information. Further, unless a party complains of the seizure of information of a personal nature I do not think it is desirable for the judge who has the responsibility to rule on the motion to impound to examine the contents of the documents seized in order to determine whether the order is appropriate. That would make his task more onerous in view of the difficulties inherent in determining whether the information contained in the documents seized is personal.

Accordingly, I find it difficult to see how the respondents will suffer irreparable harm if the tax authorities examine the contents of the documents seized. Since the respondents have not established any other harm, I now propose to consider the final stage of the *Metropolitan Stores* test.

reaux de dépôt et autres pièces justificatives, y compris les contrats conclus avec ses clients ainsi que tous documents y annexés;

- c) listes, cahiers de notes ou autres documents où figurent des renseignements reliés ou pouvant être reliés aux ventes de 143 471 Canada Inc. ou à la perception par elle de la taxe sur les repas et l'hôtellerie;

pouvant servir de preuve à l'infraction mentionnée dans ladite autorisation écrite du juge de la Cour du Québec . . .

Les documents saisis lors de la perquisition effectuée dans le cadre du dossier *143471 Canada Inc.* correspondent à ceux qui sont identifiés dans le mandat de perquisition: états de banque, écritures de journal, factures d'achats, talons de chèque, chèques débités, états financiers, livre des salaires, contrats de réception, etc. Il en est ainsi des documents saisis dans le dossier *Tabah*, bien que les autorisations écrites et les saisies correspondantes soient plus détaillées, puisque la dénonciation indiquait plusieurs infractions à la Loi. À tout événement, les autorisations de perquisitionner, de même que les documents saisis, ne se rapportaient qu'aux affaires commerciales des intimés, plus particulièrement à leur assujettissement à la Loi, et ne visaient aucun document susceptible de contenir des renseignements à caractère personnel. En outre, à moins qu'une partie se plaigne de la saisie d'information à caractère personnel, je ne crois pas qu'il soit souhaitable que le juge chargé de se prononcer sur l'opportunité d'accorder l'entiercement examine le contenu des documents saisis afin de décider du bien-fondé de l'ordonnance. Ceci risquerait d'alourdir sa tâche, compte tenu des difficultés inhérentes à la détermination du caractère personnel des renseignements contenus dans les documents saisis.

En conséquence, je peux difficilement me convaincre que les intimés subiront un préjudice irréparable si les autorités fiscales prennent connaissance du contenu des documents saisis. Puisque les intimés n'ont fait valoir aucun autre préjudice, je me propose maintenant d'analyser la dernière étape du test de l'arrêt *Metropolitan Stores*.

The Balance of Convenience

The balance of convenience, which constitutes the third criterion relevant in determining whether interlocutory relief should be granted, is designed to weigh the respective hardships the parties may incur depending on whether or not the interlocutory relief is granted.

As the existence of irreparable harm has been ruled out, it is hard to see how the respondents could suffer significant hardship if they were denied the impoundment. As they themselves argue, the only effect of the impounding order is to delay the examination of the documents. It can thus be assumed that at some point or other the respondents will suffer the hardships associated with an investigation by the Ministère du Revenu, whether or not the sections are declared unconstitutional. It should be added that under s. 40.2 of the Act the respondents may obtain copies of the documents seized.

The hardships the appellants are likely to suffer if the impoundment is upheld derive from the delays imposed on the examination of the contents of the seized documents. We may immediately dispose of their effect on the limitations against penal remedies under the Act. Although the impoundment for all practical purposes suspends the investigative proceedings, the actions against the respondents are not jeopardized — at least in theory — since the Act provides that the five-year limitation period may be extended to one year from the date the Minister of Revenue learns of evidence sufficient to justify prosecution; see s. 78 of the Act. In the circumstances it is hardly surprising that the appellants placed no great emphasis on the existence of such harm at the hearing; sufficient proof probably could not come to the knowledge of the Minister of Revenue until he had the documents covered by the order in his possession, after the impounding order was lifted.

The appellants added that if the impounding orders are upheld the resulting delays would jeopardize proof of the offences. In this connection

La prépondérance des inconvénients

La prépondérance des inconvénients, qui constitue le troisième critère pertinent à la détermination de l'opportunité d'accorder un redressement interlocutoire, vise à pondérer les inconvénients respectifs que sont susceptibles d'encourir les parties, selon que le redressement interlocutoire est accordé ou non.

Ayant écarté l'existence d'un préjudice irréparable, il est difficile de concevoir que les intimés encourraient des inconvénients importants si l'entiercement leur était refusé. Comme ils le soutiennent eux-mêmes, l'entiercement n'a pour effet que de retarder l'analyse des documents. On peut donc présumer que les intimés subiront, à un moment ou à un autre, les inconvénients reliés à l'enquête du ministère du Revenu, que les dispositions contestées soient ou non déclarées inconstitutionnelles. Ajoutons que les intimés peuvent, en vertu de l'art. 40.2 de la Loi, obtenir copie des documents saisis.

Les inconvénients que les appelants sont susceptibles de subir, si l'entiercement est maintenu, découlent des délais imposés dans l'examen du contenu des documents saisis. On peut immédiatement disposer de leur incidence sur la prescription des recours pénaux intentés en vertu de la Loi. Si l'entiercement suspend, à toute fin pratique, les procédures d'enquête, les poursuites contre les intimés ne sont toutefois pas compromises — en théorie du moins — puisque la Loi prévoit que la prescription de cinq ans peut être étendue jusqu'à un an de la date où le ministre du Revenu a eu connaissance d'une preuve suffisante pour justifier une poursuite; voir l'art. 78 de la Loi. Dans les circonstances, il n'est guère étonnant que les appelants n'aient pas insisté sur l'existence d'un tel préjudice lors de l'audience: une preuve suffisante ne pourrait vraisemblablement venir à la connaissance du ministre du Revenu qu'au moment où celui-ci aura en sa possession les documents visés par l'ordonnance, après la levée de l'entiercement.

Les appelants ajoutent que si les ordonnances d'entiercement sont maintenues, les délais encourus compromettront la preuve des infractions. Ils

they note the difficulties associated with gathering information, the credibility of witnesses, even with the recovery of fees, interest and fines, in view of the risks that the corporate vehicle might be altered or cease to exist. The respondent 143471 Canada Inc. made an assignment of its property on September 1, 1992. While at the present stage of the proceedings this is speculative, the Court can nevertheless take note of the probable occurrence of such hardships. In *Zeppetelli*, Baudouin J.A. acknowledged that impoundment would prevent the Minister of Revenue [TRANSLATION] “from having access for the moment to a great deal of information which might allow him to build his case and achieve substantive progress on the matter” (p. 357).

The respondents argued that in any case impoundment does not have the effect of suspending the Minister of Revenue’s investigative powers: he can complete his evidence by other means. However, this option, which appreciably moderates the effect of the measure, disregards the fact that the Minister of Revenue must adduce proof beyond a reasonable doubt. Not only is this a weighty burden, but the proof of offences is complicated here by the very nature of tax evasion, which requires a comprehensive analysis of the accounting system of the respondent companies. In the circumstances there is nothing to suggest that the Minister of Revenue could make significant progress with his investigation if the impoundment were upheld. Further, if the measure had the negligible effect suggested by the respondents, then the applicability of the test set forth in *Metropolitan Stores* would be open to question.

Even if we admit that these hardships are negligible and of a purely administrative nature, the fact remains that the present case has ramifications that go beyond the immediate interests of the parties, if only because of the mandate underlying the action of the Ministère du Revenu. In such a situation *Metropolitan Stores* invites the courts to take the public interest into account in determining the balance of convenience. In the case at bar the Court of Appeal is not only silent on the point but specifi-

signalent, à cet égard, les difficultés liées à la cueillette de l’information, à la crédibilité des témoins, voire même au recouvrement des droits, intérêts et amendes, compte tenu des risques de modification ou d’abandon du véhicule corporatif. L’intimée 143471 Canada Inc. a d’ailleurs fait cession de ses biens le 1^{er} septembre 1992. Quoique spéculatifs au stade actuel des procédures, la Cour peut néanmoins prendre acte de la réalisation probable de tels inconvénients. Dans l’arrêt *Zeppetelli*, le juge Baudouin reconnaissait que l’entiercement empêcherait le ministre du Revenu d’«avoir accès pour l’instant à une masse d’informations pouvant lui permettre de bâtir sa cause et de faire avancer le dossier au fond» (p. 357).

Les intimés font valoir, à tout événement, que l’entiercement n’a pas pour effet de suspendre les pouvoirs d’enquête du ministre du Revenu; celui-ci pourra parfaire sa preuve par d’autres moyens. Cette possibilité, qui tempère sensiblement l’incidence de la mesure, fait toutefois abstraction du fait que le ministre du Revenu doit présenter une preuve hors de tout doute raisonnable. Non seulement s’agit-il d’un fardeau exigeant, mais la démonstration des infractions est ici compliquée par la nature même de l’évasion fiscale, qui commande une analyse approfondie du système comptable des sociétés intimées. Dans les circonstances, il est illusoire de croire que le ministre du Revenu pourra faire avancer son enquête de manière significative si l’entiercement est maintenu. D’ailleurs, si la mesure avait l’effet négligeable que les intimés lui prêtent, on pourrait questionner l’opportunité de recourir aux critères énoncés dans l’arrêt *Metropolitan Stores*.

Même en admettant le caractère négligeable de ces inconvénients et leur nature purement administrative, il n’en demeure pas moins que le présent litige a une portée qui dépasse l’intérêt immédiat des parties, ne serait-ce qu’en raison du mandat qui sous-tend l’intervention du ministère du Revenu. Dans une telle hypothèse, l’arrêt *Metropolitan Stores* convie les tribunaux à prendre en considération l’intérêt public dans la détermination de la prépondérance des inconvénients. En l’espèce, la

cally refused to rule on [TRANSLATION] “the reality or existence” of this criterion, which is strange to say the least since in the *143471 Canada Inc.* case it was not sitting in appeal from the judgment of Hannan J. In *Zeppetelli* Baudouin J.A. simply stated that [TRANSLATION] “as between inconveniences of an essentially administrative nature and those involving a constitutionally protected fundamental right, the balance must tip in favour of the latter” (p. 357).

In this regard the appellants rely essentially on the public interest in having the Act observed and enforced. The importance of tax legislation clearly needs no elaboration; see *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, and *McKinlay Transport*, *supra*. Because such legislation is based on the principle of self-declaration and self-assessment, the existence of mechanisms making it possible to verify whether taxpayers are subject to the Act is essential. The imposition of such controls is all the more necessary for individuals who act as agents of the government. In Quebec the Act imposes on the Ministère du Revenu the duty of supervising the implementation and execution of tax legislation and confers on it all the powers necessary for this purpose. The implementation of the investigative provisions contained in ss. 40 and 40.1 of the Act is essential if the integrity of the tax collection system is to be maintained. These considerations alone are sufficient to meet the public interest criterion. In *RJR — MacDonald* the Court wrote (at p. 346):

In our view, the concept of inconvenience should be widely construed in *Charter* cases. In the case of a public authority, the onus of demonstrating irreparable harm to the public interest is less than that of a private applicant. This is partly a function of the nature of the public authority and partly a function of the action sought to be enjoined. The test will nearly always be satisfied simply upon proof that the authority is charged with the duty of promoting or protecting the public interest and upon some indication that the impugned legislation, regulation, or activity was undertaken pursuant to that responsibility. Once these minimal requirements have been met, the court should in most cases assume that irrepara-

Cour d’appel est non seulement silencieuse sur cette question, mais elle a spécifiquement refusé de se prononcer sur «la réalité ou l’existence» de ce critère, ce qui est pour le moins curieux, puisque dans le dossier *143471 Canada Inc.*, elle ne siégeait pas en appel de la décision du juge Hannan. Dans l’arrêt *Zeppetelli*, le juge Baudouin énonçait laconiquement qu’«entre des inconvénients d’ordre essentiellement administratif et ceux qui touchent un droit fondamental constitutionnellement protégé, la balance doit pencher en faveur des seconds» (p. 357).

À ce chapitre, les appelants font essentiellement valoir l’intérêt public dans le respect et l’application de la Loi. L’importance des lois fiscales se passe certes de démonstration; voir *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, et *McKinlay Transport*, précité. Parce qu’elles sont fondées sur le principe de l’auto-déclaration et de l’auto-cotisation, l’existence de mécanismes permettant de vérifier l’assujettissement des contribuables à la Loi est essentielle. L’imposition de tels contrôles est d’autant plus indiquée à l’égard des personnes qui agissent en qualité de mandataires du gouvernement. Au Québec, la Loi confie au ministère du Revenu la mission de veiller à l’application et à l’exécution des lois fiscales et lui confère tous les pouvoirs nécessaires à sa réalisation. La mise en œuvre du régime d’enquête prévu aux art. 40 et 40.1 de la Loi est indispensable au maintien de l’intégrité du système de perception des deniers. Ces considérations sont, à elles seules, suffisantes pour remplir le critère de l’intérêt public. Dans l’arrêt *RJR — MacDonald*, la Cour écrivait en effet (à la p. 346):

À notre avis, le concept d’inconvénient doit recevoir une interprétation large dans les cas relevant de la *Charte*. Dans le cas d’un organisme public, le fardeau d’établir le préjudice irréparable à l’intérêt public est moins exigeant que pour un particulier en raison, en partie, de la nature même de l’organisme public et, en partie, de l’action qu’on veut faire interdire. On pourra presque toujours satisfaire au critère en établissant simplement que l’organisme a le devoir de favoriser ou de protéger l’intérêt public et en indiquant que c’est dans cette sphère de responsabilité que se situent le texte législatif, le règlement ou l’activité contestés. Si l’on a satisfait à ces exigences minimales, le tribunal devrait,

ble harm to the public interest would result from the restraint of that action.

The respondents added, however, that the delay in examining the contents of the documents seized causes no injury to the public interest since the interlocutory relief is limited to the present case. The argument in this Court centred on proof of a "flood of actions" since the judgments of the Quebec Court of Appeal in *Zeppetelli and Fafard Buildings System Inc. v. R.*, C.A. Montréal, No. 500-10-000409-894, July 10, 1990, J.E. 90-1187. Such proof was viewed as important by both sides in demonstrating the real effect of the impounding order on the public interest.

In my view proof of a flood of actions — or the lack of it — is not determinative of whether or not interlocutory relief should be granted. Depending on the nature and scope of the measure contemplated, as well as the particular circumstances of each case, the court might take note of the impact of a decision exempting a party from the application of a statute on future litigants, who would be tempted to rely on it. In *Metropolitan Stores Beetz J.* wrote (at p. 146):

The reason why exemption cases are assimilated to suspension cases is the precedential value and exemplary effect of exemption cases. Depending on the nature of the cases, to grant an exemption in the form of a stay to one litigant is often to make it difficult to refuse the same remedy to other litigants who find themselves in essentially the same situation, and to risk provoking a cascade of stays and exemptions, the sum of which make them tantamount to a suspension case.

It is not desirable to impose on the party arguing that an interlocutory application should be dismissed a requirement that he prove the harmful effect of previous orders. How could the threshold of such evidence be determined? Such a burden would not only be likely to trivialize the public interest considerations underlying the balance of

dans la plupart des cas, supposer que l'interdiction de l'action causera un préjudice irréparable à l'intérêt public.

Les intimés ajoutent toutefois que le retard dans l'examen du contenu des documents saisis ne préjudicie aucunement l'intérêt public, puisque le redressement interlocutoire est circonscrit au présent litige. L'argumentation devant notre Cour s'est centrée autour de la démonstration d'une «cascade de recours» depuis les arrêts de la Cour d'appel du Québec rendus dans les affaires *Zeppetelli et Bâtiments Fafard Inc. c. R.*, C.A. Montréal, n° 500-10-000409-894, 10 juillet 1990, J.E. 90-1187. Une telle preuve a semblé importante de part et d'autre pour démontrer l'incidence réelle de l'ordonnance d'entiercement sur l'intérêt public.

À mon avis, la preuve d'une cascade de recours — ou son absence — n'est pas déterminante sur l'octroi d'un redressement interlocutoire. Selon la nature et la portée de la mesure envisagée, de même que les circonstances particulières à chaque instance, le tribunal pourra prendre acte de l'incidence d'une décision exemptant un justiciable de l'application d'une loi sur les plaideurs éventuels, qui seront tentés de s'en inspirer. Dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, le juge Beetz écrivait (à la p. 146):

Si les cas d'exemption sont assimilés aux cas de suspension, cela tient à la valeur jurisprudentielle et à l'effet exemplaire des cas d'exemption. Suivant la nature des affaires, du moment qu'on accorde à un plaideur une exemption sous la forme d'une suspension d'instance, il est souvent difficile de refuser le même redressement à d'autres justiciables qui se trouvent essentiellement dans la même situation et on court alors le risque de provoquer une avalanche de suspensions d'instance et d'exemptions dont l'ensemble équivaut à un cas de suspension à la loi.

Il n'est pas souhaitable d'imposer à la partie qui plaide le rejet de la requête interlocutoire l'obligation de démontrer l'effet délétère d'ordonnances antérieures. Comment pourrait-on d'ailleurs fixer le seuil d'une telle preuve? Un fardeau semblable non seulement risquerait de banaliser les considérations d'intérêt public qui animent le critère de la

convenience test, it would be at odds with the preventive purpose of interlocutory relief.

The parties drew the Court's attention to about ten decisions on applications to impound documents incidental to a constitutional challenge based on ss. 40 and 40.1 of the Act. Clearly these few decisions are far from suggesting the existence of a "flood of actions". It is significant, however, that all motions to impound subsequent to the decision of the Court of Appeal in *Zeppetelli*, *supra*, have been granted. Needless to say, the orders expressly cited the reasons given by Baudouin J.A. By way of contrast, the applications to impound prior to that decision were denied (except the one in *Ameublement Jeanne Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-003335-872, April 15, 1987, which was granted on consent). For example, in *Brochette Tino Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-008861-898, July 17, 1989, [1989] R.D.F.Q. 98, Lesyk J. wrote (at pp. 3-4):

[TRANSLATION] Granting impoundment of the documents seized would set a precedent in enforcement of the Act that might be followed in seizures of the same kind and might accordingly render ss. 40 and 40.1 of the Act respecting the Ministère du Revenu inoperative for a more or less extended period, with the consequences that might follow for the obligations and duties imposed on the operators of the establishments subject to the Meals and Hotels Tax Act.

Granting the application to impound without extremely sound and exceptional grounds, which do not exist in the present case, would also amount to suspending the application of ss. 40 and 40.1 of the Act respecting the Ministère du Revenu adopted by the democratically elected National Assembly in the common interest. Such impoundment would be likely to temporarily frustrate pursuit of the common interest and would have the effect of preventing the Minister of Revenue from carrying out the duty imposed on him by law, namely of applying tax legislation.

When a Minister of the Crown is prevented from exercising the powers conferred on him by law the pub-

prépondérance des inconvénients, mais s'inscrirait en faux avec le caractère préventif qui sous-tend le redressement interlocutoire.

Les parties ont porté à notre attention une dizaine de décisions sur des requêtes en entiercement de documents, accessoires à une contestation de constitutionnalité fondée sur les art. 40 et 40.1 de la Loi. Il est manifeste que ces quelques décisions sont loin de suggérer l'existence d'une « cascade de recours ». Il est toutefois significatif que les requêtes en entiercement postérieures à la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Zeppetelli*, précitée, aient toutes été accueillies. Inutile d'ajouter que les ordonnances invoquaient expressément les motifs exprimés par le juge Baudouin. Par contraste, les demandes d'entiercement antérieures à cet arrêt ont été refusées (à l'exception de celle dans l'affaire *Ameublement Jeanne Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-003335-872, 15 avril 1987, qui a été accordée de consentement). Par exemple, dans l'affaire *Brochette Tino Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-008861-898, 17 juillet 1989, [1989] R.D.F.Q. 98, le juge Lesyk écrivait (aux pp. 3 et 4):

Accorder l'entiercement des documents saisis constituerait en ce qui a trait à l'application de la loi un précédent susceptible d'être suivi dans les saisies du même genre et de rendre, dès lors, les articles 40 et 40.1 de la Loi sur le ministère du Revenu inopérants pendant une période plus ou moins prolongée avec les conséquences qui pourraient en découler quant aux obligations et devoirs imposés aux exploitants des établissements soumis à la loi concernant la taxe sur les repas et l'hôtellerie.

Accéder à la demande d'entiercement sans motif extrêmement sérieux et exceptionnel, qui ne se trouve pas en l'espèce, équivaudrait aussi à faire suspendre l'application des articles 40 et 40.1 de la Loi sur le ministère du Revenu adoptée par l'Assemblée nationale démocratiquement élue et qui vise le bien commun. Cet entiercement risque de contrecarrer temporairement la poursuite du bien commun et aurait pour effet d'empêcher le ministre du Revenu de s'acquitter de son devoir que la loi lui impose, c'est-à-dire d'appliquer les lois fiscales.

Lorsqu'on empêche un ministre de la Couronne d'exercer les pouvoirs que la Loi lui confère, l'intérêt

lic interest of which the Minister is the guardian suffers irreparable harm.

This approach seems to me to be consistent with the above-cited passages from *RJR — MacDonald* and *Metropolitan Stores*. See also *Restaurant le Gourmet grec Inc. v. Séguin*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-004272-892, April 5, 1989, [1989] R.D.F.Q. 80, where Brassard J. refused to order impoundment on the ground that the harm alleged by the applicant could not override the public interest.

In any event, although it is not possible to speak of a “flood of actions”, the systematic nature of the impounding orders since *Zeppetelli* cannot be ignored, and this can only be enhanced by the Court of Appeal decisions in the present case. To the extent that trial courts are bound by decisions of the Quebec Court of Appeal, it is doubtful whether they have much real manoeuvring room in the exercise of their discretion. Under the present case law it appears that any well-informed litigant can have an investigation suspended by attaching to his motion for evocation, *certiorari* and *mandamus* a motion to impound the documents seized.

The marginal nature of motions to impound is best explained by the limited number of searches conducted each year. As an indication of the impact of impoundment on the public interest the number of searches is certainly a better yardstick than the total of Quebec taxpayers. The evidence shows that implementation of the investigative powers set out in ss. 40 and 40.1 of the Act is likely to lead to the recovery of large sums estimated at about a hundred million dollars in fees, interest and fines, just for the period from April 1, 1988 to March 31, 1992. The amounts involved in the present cases are also non-negligible since they exceed \$250,000, not including, in the *Tabah* case, an amount of some one million dollars which was allegedly not included in calculating income. Further, if we are to believe certain studies estimating at several hundred million dollars the annual losses resulting from tax evasion, the amounts recovered through the implementation of investigative pow-

public dont le ministre est le gardien subit un tort irréparable.

Cette perspective me semble conforme aux passages précités des arrêts *RJR — MacDonald* et *Metropolitan Stores*. Voir également *Restaurant le Gourmet grec Inc. c. Séguin*, C.S. Montréal, n° 500-05-004272-892, 5 avril 1989, [1989] R.D.F.Q. 80, où le juge Brassard a refusé d'ordonner l'entiercement au motif que le préjudice allégué par le requérant ne pouvait avoir préséance sur l'intérêt public.

À tout événement, bien qu'on ne puisse parler d'une «cascade de recours», on ne peut ignorer le caractère systématique des ordonnances d'entiercement depuis l'arrêt *Zeppetelli*, qui ne pourra être que conforté par les décisions de la Cour d'appel en l'espèce. Dans la mesure où les tribunaux de première instance sont liés par les décisions de la Cour d'appel du Québec, on peut questionner la marge de manœuvre réelle dont ils jouissent dans l'exercice de leur discrétion. Dans l'état actuel de la jurisprudence, il appert que n'importe quel plaideur averti pourra faire suspendre l'enquête entreprise, en assortissant son recours en évocation, *certiorari* et *mandamus* d'une requête en entiercement des documents saisis.

Le caractère marginal des requêtes en entiercement s'explique davantage par le nombre modeste de perquisitions effectuées chaque année. S'agissant d'évaluer l'incidence de l'entiercement sur l'intérêt public, le nombre de perquisition est certainement un meilleur barème que le total des contribuables québécois. La preuve démontre que la mise en œuvre des pouvoirs d'enquête énoncés aux art. 40 et 40.1 de la Loi est susceptible de conduire au recouvrement de sommes importantes, qu'on évalue à une centaine de millions de dollars en droits, intérêts et amendes, pour la seule période s'étendant du 1^{er} avril 1988 au 31 mars 1992. Les sommes impliquées dans les présents dossiers ne sont d'ailleurs pas négligeables, puisqu'elles dépassent les 250 000 \$, sans compter, dans le dossier *Tabah*, un montant d'environ un million de dollars qui n'aurait pas été inclus dans le calcul du revenu. Les sommes récupérées par suite de la mise en œuvre des pouvoirs d'enquête ne sont

ers are only the tip of the iceberg. That being the case, we cannot minimize the importance of ss. 40 and 40.1 of the Act, which form the principal tool available to the Ministère du Revenu to fight tax evasion, not only in dealing with ongoing offences but especially for its deterrent value. In view of the burden of proof — beyond a reasonable doubt — and the difficulties of proof inherent in the nature of offences against the tax laws, even temporarily watering down investigative powers has more than a symbolic effect on the public interest.

The respondents made no arguments regarding the public interest in maintaining impounding orders. It is clear that there is also a public interest in having the government respect the fundamental rights of taxpayers, including the right to privacy and protection against unreasonable intrusions by the government. However, bearing in mind that in the present case the courts have not yet found the intrusion to be unreasonable — a question which will be decided in the principal action, with the appropriate relief if necessary — this aspect cannot have much weight here, especially when considered in light of the comments I have made regarding irreparable harm. In other words, to paraphrase the reasons of my colleagues in *RJR — MacDonald*, the respondents have not persuaded me of the advantages to the public interest of granting impoundment of the documents seized.

Conclusion

For these reasons I would allow the appeal with costs, set aside the decisions of the Court of Appeal and quash the impounding orders.

The judgment of Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — In this matter I have had the pleasure of reading the careful reasons of my colleague

d'ailleurs que la pointe de l'iceberg, s'il faut en croire certaines études qui estiment à quelques centaines de millions de dollars les pertes annuelles liées au phénomène de l'évasion fiscale. Dans ce contexte, on ne peut minimiser l'importance des art. 40 et 40.1 de la Loi, qui constituent le principal outil dont dispose le ministère du Revenu pour contrer l'évasion fiscale, non seulement en raison de son caractère immédiatement répressif, mais surtout en raison de sa nature dissuasive. Compte tenu du fardeau — hors de tout doute raisonnable — et des difficultés de preuve inhérentes à la nature des infractions aux lois fiscales, la dilution des pouvoirs d'enquête, fût-elle temporaire, a une incidence plus que symbolique sur l'intérêt public.

Les intimés n'ont avancé aucune prétention en regard de l'intérêt public dans le maintien des ordonnances d'entiercement. Il est manifeste que l'intérêt public réside également dans le respect, par l'administration, des droits fondamentaux des contribuables, dont celui à la vie privée et à la protection contre les intrusions abusives de l'État. Toutefois, gardant à l'esprit qu'en l'espèce, les tribunaux n'ont pas encore déclaré l'intrusion abusive — question qui sera tranchée dans le cadre de l'instance principale avec, le cas échéant, le redressement approprié — cette dimension ne peut avoir beaucoup de poids en l'espèce, surtout lorsqu'appréciée à la lumière des commentaires que j'ai formulés au sujet du préjudice irréparable. En d'autres mots, et pour paraphraser les motifs de mes collègues dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, les intimés ne m'ont pas plus convaincu des avantages, pour l'intérêt public, qui découleraient de l'octroi de l'entiercement des documents saisis.

Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens, j'infirmerais les décisions de la Cour d'appel et je casserais les ordonnances d'entiercement.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — J'ai eu le plaisir, en l'espèce, de lire les motifs approfondis de mon collègue le

La Forest J. I am in complete agreement with his view that the governing principles to be applied in this case are set out in the reasons of this Court in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, and in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. These decisions indicate that in considering an interim measure such as an injunction or an impounding order in the context of a *Charter* challenge to the validity of the underlying law a court must consider three factors. The first, is whether a serious question of law is raised. The second, is whether irreparable harm will be occasioned to the applicant if the interim order is refused. The third, requires the court to consider and weigh in the balance the inconveniences caused to the parties by the interim order.

Further, I am in agreement with my colleague that there is a serious question of law raised in this case. It is in the application of the factors pertaining to irreparable harm and the balance of inconvenience that I differ with his views.

The facts giving rise to this appeal are set out in the reasons of La Forest J. and need not be repeated.

The Nature of the Questioned Orders

At the outset I would observe that the orders in issue on this appeal are discretionary in nature. Like all discretionary decisions, they should be accorded a measure of deference. See, for example, *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2, at p. 37; *Metropolitan Stores*, *supra*, at pp. 154-56; and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77. Since I am of the view that the decisions of the judges hearing the original motions were correct, I need not consider the question of deference.

je juge La Forest. Je suis parfaitement d'accord avec lui pour dire que les principes directeurs applicables en l'espèce sont ceux que notre Cour a énoncés dans les arrêts *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, et *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311. Suivant ces arrêts, le tribunal doit apprécier trois facteurs lorsqu'il examine une mesure interlocutoire comme l'injonction ou l'ordonnance d'entiercement dans le contexte d'une contestation, fondée sur la *Charte*, de la validité de la loi sous-jacente. Il doit d'abord se demander si une question de droit sérieuse est soulevée et, ensuite, si le refus de l'ordonnance interlocutoire causera au requérant un préjudice irréparable. Enfin, le tribunal doit considérer et apprécier la prépondérance des inconvénients causés aux parties par l'ordonnance interlocutoire.

De plus, je conviens avec mon collègue qu'une question de droit sérieuse est soulevée en l'espèce. C'est dans l'application des facteurs relatifs au préjudice irréparable et à la prépondérance des inconvénients que je m'écarte de son opinion.

Les faits qui ont donné naissance au présent pourvoi sont exposés dans les motifs du juge La Forest et il n'est pas nécessaire de les répéter.

La nature des ordonnances contestées

Au départ, je ferais remarquer que les ordonnances en cause dans le présent pourvoi sont de nature discrétionnaire. Comme c'est le cas pour toute décision discrétionnaire, il y a lieu de faire preuve de retenue à leur égard. Voir, par exemple, les arrêts *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, à la p. 37, *Metropolitan Stores*, précité, aux pp. 154 à 156, et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 76 et 77. Parce qu'à mon avis les décisions des juges qui ont entendu les requêtes initiales étaient correctes, je n'ai pas à me pencher sur la question de la retenue.

Irreparable Harm

There are a number of matters that must be conceded at the outset. The documents seized in this case are commercial in nature. It follows that there cannot be the same privacy interest in those documents that there would be in personal papers. The expectation of privacy in business records is necessarily low. They do not ordinarily contain the type of personal information that lies at the heart of the constitutional protection of privacy. Further, it must be recognized that the state must have the power to regulate business, both for economic reasons and in order to provide protection to the vulnerable individual against private power. This was set out with great cogency by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 517-18. It follows that since the search in this case was made pursuant to a regulatory statute in the highly regulated field of restaurants and hotels the expectation of privacy must of necessity be diminished.

Those who enter a regulated field must accept regulations as an integral part of their business operations. It has been recognized that there is a significant distinction between searches and seizures effected pursuant to a regulatory statute and searches and seizures made pursuant to the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or statutes of a quasi-criminal nature. This was the view of four of five judges in both *Thomson Newspapers* and in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, although there was disagreement as to its application, eight of nine judges affirmed the principle enunciated in *Thompson Newspapers* and *McKinlay Transport* that there is a relevant and significant distinction to be drawn between a statute that is criminal and one which is regulatory in nature when the application of the *Canadian Char-*

Le préjudice irréparable

Il y a un certain nombre de concessions qui doivent être faites au départ. Les documents saisis en l'espèce sont de nature commerciale. Le droit à la vie privée relativement à ces documents ne saurait donc être identique à celui qui se rattache aux documents personnels. L'attente en matière de respect de la vie privée relativement aux documents commerciaux est nécessairement faible. Ceux-ci ne contiennent généralement pas le genre d'information personnelle qui est au cœur de la protection constitutionnelle du droit à la vie privée. De plus, il faut admettre que l'État doit avoir le pouvoir de réglementer le commerce, tant pour des raisons économiques que pour protéger l'individu vulnérable contre un pouvoir de nature privée. C'est ce que le juge La Forest a si éloquemment exprimé dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 517 et 518. Aussi, puisqu'en l'espèce la perquisition a été effectuée en application d'une loi de nature réglementaire dans le domaine fort réglementé de la restauration et de l'hôtellerie, l'attente en matière de respect de la vie privée doit nécessairement être réduite.

Ceux qui se lancent dans un domaine réglementé doivent accepter que la réglementation fait partie intégrante de leurs activités commerciales. On a reconnu qu'il existe une distinction marquée entre les fouilles, perquisitions et saisies effectuées conformément à une loi de nature réglementaire et celles fondées sur le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou des lois de nature quasi criminelles. C'est l'avis qu'ont exprimé quatre des cinq juges dans les arrêts *Thomson Newspapers* et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, même s'il y avait désaccord quant à son application, huit des neuf juges ont confirmé le principe énoncé dans les arrêts *Thomson Newspapers* et *McKinlay Transport*, selon lequel il faut faire une distinction utile et importante entre une loi criminelle et une loi qui est de nature réglementaire, en examinant l'application

ter of Rights and Freedoms to those statutes is to be considered.

In *Wholesale Travel Group*, I attempted to indicate the basis for the distinction. The distinction can properly be based upon both the licensing concept and the need to protect the vulnerable. In today's complex society, individuals are frequently placed in vulnerable situations. An individual often does not and cannot have the requisite knowledge or training to determine what may be safe and what is dangerous. For example, it is essential that there be regulations to protect the environment from poisonous effluent; to protect individuals from the sale of dangerous products or patent medicines; to ensure there is a reasonable standard of safety in mines, factories, construction sites and all workplaces; to ensure that food is prepared in sanitary conditions and that public and commercial buildings are constructed in a reasonably safe manner. The protection of all, and particularly the vulnerable, by regulation requires that government agencies be authorized to inspect premises and to review books and records. Those who enter a regulated field must be aware of those regulations. By entering that field they have accepted that their business will be regulated.

In *McKinlay Transport*, the majority of this Court held that the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, is regulatory in nature, since in the words of Wilson J., at p. 641, "it controls the manner in which income tax is calculated and collected". There, it was held that the purpose of the investigation and enforcement provisions of the Act was not so much to penalize criminal conduct as to secure compliance with the provisions of the Act. The legislation at issue in this case (*An Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31) serves the same purpose as the *Income Tax Act* and like that statute is regulatory in nature. There is, then, a relatively low expectation of privacy in the documents seized in this case.

de la *Charte canadienne des droits et libertés* à ces lois.

Dans l'arrêt *Wholesale Travel Group*, j'ai tenté d'expliquer le fondement de cette distinction. Elle peut à bon droit être fondée tant sur la notion de l'acceptation des conditions que sur la nécessité de protéger les personnes vulnérables. Dans la société complexe d'aujourd'hui, les particuliers se trouvent fréquemment en position de vulnérabilité. Il arrive souvent qu'une personne ne possède pas et ne peut pas posséder la connaissance ou la formation requise pour déterminer ce qui est sûr et ce qui ne l'est pas. Par exemple, il est essentiel qu'il y ait des règlements protégeant l'environnement contre les effluents toxiques, protégeant les particuliers contre la vente de produits ou de médicaments brevetés, garantissant l'adoption d'une norme raisonnable de sécurité dans les mines, les usines, les chantiers de construction et tous les lieux de travail, et garantissant que les aliments sont préparés dans des conditions sanitaires et que les immeubles publics et commerciaux sont construits d'une manière raisonnablement sécuritaire. La protection de tous, et en particulier des personnes vulnérables, par règlement requiert que les organismes gouvernementaux soient autorisés à inspecter des lieux et à examiner des livres et dossiers. Ceux qui se lancent dans un domaine réglementé doivent en connaître les règlements et, ce faisant, ils acceptent que leur entreprise soit réglementée.

Dans l'arrêt *McKinlay Transport*, notre Cour à la majorité a conclu que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, est de nature réglementaire car, suivant les propos du juge Wilson, à la p. 641, «elle régit la façon dont l'impôt sur le revenu est calculé et perçu». On y a conclu que les dispositions de la Loi relatives à son application et aux enquêtes ne visent pas tant à punir la conduite criminelle qu'à assurer le respect de la Loi elle-même. La loi ici en cause (*Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31) sert une fin identique à celle de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et est de nature réglementaire comme cette dernière. L'attente en matière de respect de la vie privée relativement aux documents saisis en l'espèce est donc relativement faible.

With all of that stated and accepted, there still remains some measure of privacy in commercial documents. They will inevitably reveal aspects of the business that the operator would rather have kept private. For example, one supplier may be paid on a COD basis and another 90 days after delivery. These arrangements may have arisen from circumstances which prevailed years ago and have continued without thought of change to the present time. A business would never want to have those arrangements made public. Similarly, the record of wages paid to employees may reflect a higher wage rate to a particularly loyal and trusted employee than to another carrying out the same function. This information too is sensitive and something that the business operator would prefer to keep private. It is true that under the *Act respecting the Ministère du Revenu* the government employees are forbidden to disclose information obtained from the documents. However, the mere fact that the documents have been seized and must be reviewed by the government officers will be a cause for concern for the proprietor of the business.

It must be remembered that ss. 40 and 40.1 of this Act provide for searches and seizures of a wide range of documents ("books, registers, papers or other things that may be used as evidence of an offence against a fiscal law or a regulation made by the Government under such law"). Thus, the government may seize a far broader range of documents than those required by the Act and its regulations to be prepared and maintained by the business enterprise. As well, the Act allows for searches and seizures of documents in the possession of third parties who are not the subject of an investigation. It was these same factors that led four of the five judges sitting on *McKinlay Transport* to conclude that the compelled production of documents provided for in s. 231(3) of the *Income Tax Act* constituted a seizure for the purposes of s. 8 of the *Charter* because there was, for the proprietor, a privacy interest in the documents. That same reasoning is applicable to the facts presented by these cases.

Ceci étant exposé et admis, il reste qu'une certaine mesure de vie privée est associée aux documents commerciaux. Ils révéleront inévitablement certains aspects de l'entreprise que l'exploitant aurait préféré garder confidentiels. Par exemple, un fournisseur peut être payé à la livraison et un autre, 90 jours après celle-ci. Ces arrangements peuvent avoir été pris dans des circonstances qui existaient il y a plusieurs années et avoir subsisté sans qu'on songe à les adapter au moment présent. Une entreprise ne voudrait jamais qu'ils soient rendus publics. De même, le registre des salaires des employés peut révéler qu'un employé particulièrement loyal et fiable reçoit un salaire supérieur à un autre employé qui occupe le même poste. Il s'agit là d'un renseignement tout aussi délicat que l'exploitant préférerait garder confidentiel. Certes, la *Loi sur le ministère du Revenu* interdit aux employés de l'État de communiquer les renseignements contenus dans les documents. Toutefois, le simple fait que les documents aient été saisis et doivent être examinés par les fonctionnaires de l'État sera un sujet de préoccupation pour le propriétaire de l'entreprise.

Il faut se rappeler que les art. 40 et 40.1 de la Loi permettent les perquisitions et les saisies de toute une gamme de documents («livres, registres, papiers ou autres choses pouvant servir de preuve d'une infraction à une loi fiscale ou à un règlement pris par le gouvernement pour son application»). Ainsi, le gouvernement peut saisir une gamme beaucoup plus vaste de documents que ceux qui, en vertu de la Loi et de son règlement d'application, doivent être préparés et conservés par l'entreprise. De même, la Loi permet les perquisitions et les saisies de documents en la possession de tiers qui ne font pas l'objet d'une enquête. Ce sont ces mêmes facteurs qui ont amené quatre des cinq juges siégeant dans *McKinlay Transport* à conclure que la production forcée de documents aux termes du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constituait une saisie aux fins de l'art. 8 de la *Charte*, parce que le propriétaire avait droit à ce que les documents soient protégés. Le même raisonnement s'applique aux faits des présentes affaires.

The purpose of an interlocutory stay is to preserve the rights of applicants (the respondents before this Court) pending a final determination of a legal question which will affect those rights. Here, the respondents seek not the return of their documents, but simply the maintenance of the orders that they be held by the court pending the determination of this issue. If it is found that the respondents are correct and that the searches and seizures were unconstitutional, then the privacy right will have effectively been lost as a result of the unconstitutional provisions of the Act. Small as it may be, there is such a privacy interest. If it transpires that the respondents are correct in their constitutional contention, then I would think that the loss of that privacy interest would, in itself, constitute irreparable harm.

Yet there is another aspect which I consider to be far more significant in this case. Namely, that the documents were obtained by means of intrusive searches of residential and business premises.

In *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 444, it was recognized that although characterizations such as "regulatory" and "criminal" are useful for purposes of *Charter* analysis, they do not provide a complete answer. What must always be considered are the values which are at stake on the facts of the particular case. Here, it is true that the search was made pursuant to the provisions of a regulatory statute dealing with the highly regulated business; however, a court must still be concerned with the nature of the physical searches of private premises. Obviously, searches of private property are far more intrusive than a demand for production of documents. The greater the intrusion by the searchers into the business premises and private residences, the greater weight should be attached to the provisions of s. 8 of the *Charter*. Thus, although the privacy interest of an individual in business documents pertaining to a regulated field is relatively low, there remains a very real and significant privacy interest in maintaining the inviolability of residential premises, and to a lesser extent

La suspension interlocutoire a pour objet de maintenir les droits des requérants (en l'espèce, les intimés) jusqu'à ce qu'une décision finale qui affectera ces droits soit rendue sur une question de droit. En l'espèce, les intimés ne demandent pas le retour des documents, mais simplement le maintien des ordonnances qu'ils soient détenus par la cour jusqu'à ce que cette question soit tranchée. Si on conclut que les intimés ont raison et que les perquisitions et les saisies étaient inconstitutionnelles, le droit à la vie privée aura alors été effectivement perdu en raison des dispositions inconstitutionnelles de la Loi. Aussi minime soit-il, ce droit existe. S'il s'avère que la prétention constitutionnelle des intimés est exacte, je croirais alors que la perte de ce droit à la vie privée constituerait elle-même un préjudice irréparable.

Cependant, il y a en l'espèce un autre aspect que je considère beaucoup plus important: les documents ont été obtenus grâce à des perquisitions envahissantes de résidences et de locaux commerciaux.

Dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 444, on a reconnu que, si la qualification de mesures comme étant «des mesures de réglementation» ou des «mesures pénales» est utile aux fins de l'analyse fondée sur la *Charte*, elle ne répond pas complètement à la question. Ce qu'il faut toujours considérer, ce sont les valeurs qui sont en jeu d'après les faits de l'affaire. En l'espèce, il est vrai que la perquisition a été effectuée conformément aux dispositions d'une loi de nature réglementaire relative à une activité fort réglementée; toutefois, un tribunal doit tout de même se préoccuper de la nature des perquisitions dans des locaux privés. De toute évidence, les perquisitions dans des propriétés privées sont beaucoup plus envahissantes qu'une demande de production de documents. Plus l'intrusion des auteurs de perquisitions dans les locaux d'une entreprise et des résidences privées est grande, plus on devrait accorder de l'importance aux dispositions de l'art. 8 de la *Charte*. Donc, même si le droit qu'un particulier a à ce que des documents commerciaux se rapportant à un domaine réglementé soient protégés est

of business premises. This was recognized by Wilson J. in *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 649:

The greater the intrusion into the privacy interests of an individual, the more likely it will be that safeguards akin to those in *Hunter* will be required. Thus, when the tax officials seek entry onto the private property of an individual to conduct a search or seizure, the intrusion is much greater than a mere demand for production of documents. The reason for this is that, while a taxpayer may have little expectation of privacy in relation to his business records relevant to the determination of his tax liability, he has a significant privacy interest in the inviolability of his home.

It is on this issue that I find that I must take a position diametrically opposed to my colleague. The documents were seized from homes and business premises. The seizure of those documents cannot be divorced from the intrusion into private premises. The search and seizure of the documents are part and parcel of the same sequence of events. They are an integral part of the whole. It should not be said that once the documents are seized it is no longer necessary to consider the intrusion into homes and offices. The documents were obtained as a result of that intrusion. The violation of privacy interest resulting from that intrusion cannot end with the removal of the documents. So long as the documents are held by or on behalf of the appellants there is a continuing violation of the privacy interest of the respondents in their residences and business premises.

The constitutionality of ss. 40 and 40.1 of *An Act respecting the Ministère du Revenu* will be determined in the principal applications to quash the warrants. Should those sections eventually be found to be unconstitutional, then the searches and seizures will have violated the privacy interest of the respondents in their homes and offices. The government will, without authority, have entered

relativement minime, il reste qu'il existe un droit très réel et très important à ce que l'inviolabilité des locaux résidentiels et, dans une moindre mesure, des locaux commerciaux soit respectée. Le juge Wilson reconnaît cela dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, à la p. 649:

Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. La raison en est que même s'il est possible que le contribuable s'attende peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l'impôt, il n'en attache pas moins d'importance au respect de l'inviolabilité de son domicile.

C'est sur cette question que je crois qu'il me faut adopter une position diamétralement opposée à celle de mon collègue. Les documents ont été saisis dans des domiciles et des locaux commerciaux. La saisie de ces documents ne peut être dissociée de l'intrusion dans des locaux privés. La perquisition et la saisie de documents font partie de la même chaîne d'événements. Elles font partie intégrante d'un tout. On ne saurait dire qu'une fois que les documents sont saisis, il n'est plus nécessaire de considérer l'intrusion dans les domiciles et les bureaux. Les documents ont été obtenus grâce à cette intrusion. L'atteinte au droit à la vie privée qui résulte de cette intrusion ne peut prendre fin avec le retrait des documents. Tant que les documents sont détenus par les appelants ou pour leur compte, il y a une violation continue du droit à la vie privée dont les intimés jouissent dans leurs résidences et leurs locaux commerciaux.

La constitutionnalité des art. 40 et 40.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu* sera déterminée dans les demandes principales d'annulation des mandats. Si jamais ces articles sont jugés inconstitutionnels, les perquisitions et les saisies auront alors violé le droit à la vie privée dont les intimés jouissent dans leurs domiciles et leurs bureaux. Le gouvernement aura, sans autorisation, pénétré dans les

the premises and searched for and seized the documents. Thus the government will have had the continuing possession of the documents in the absence of any authority and in violation of the *Charter*. This, it seems to me, would constitute irreparable damage to the respondents.

The provision for the impounding orders seems eminently fair for all parties. While the documents are impounded they cannot be altered or changed in any way by the respondents. The documents will thus remain protected while the court carries out the judicial function of determining the constitutionality of the legislation. There could be no question of the fairness and efficacy of such an order if the issue could be determined in a reasonable time; say two weeks or two months, or even six months. If the court cannot determine the issue within a reasonable time, then I wonder whether it is the respondents or the government that should suffer as a result of the delays.

In my view, it is irrelevant that the appellants could have lawfully gained possession of these documents by means of a demand made pursuant to ss. 38 or 39 of the Act. The fact remains that they were gained through searches and seizures conducted pursuant to ss. 40 and 40.1. The appellants chose the method of proceeding. They obtained the documents by means of intrusive searches of residential and business premises. The appellants cannot now rely on the fact the documents might have been obtained in some other way.

I cannot accept the appellants' argument that since s. 69 of the Act provides for the confidentiality of tax documents this section will protect the privacy interests of the respondents. Although s. 69 protects the respondents from public release of information contained in the documents, it does not protect them from having their privacy interests in their homes and offices violated by the state. This is the very interest that s. 8 of the *Charter* is aimed at protecting. Section 69 does not adequately protect the respondents' privacy interests in the documents. Nor can I accept that the breach of the privacy interest can be quantified and the respondents compensated in damages. There will

lieux, de même que perquisitionné et saisi des documents. Le gouvernement aura donc eu, sans autorisation et contrairement à la *Charte*, la possession continue des documents. Les intimés en subirait, me semble-t-il, un préjudice irréparable.

Les ordonnances d'entiercement semblent éminemment justes pour toutes les parties. Une fois entiercés, les documents ne peuvent être falsifiés ni modifiés de quelque façon par les intimés. Ils resteront donc protégés pendant que la cour se prononce sur la constitutionnalité de la loi en cause. Il ne saurait être question de l'équité et de l'efficacité d'une telle ordonnance si la question pouvait être résolue dans un délai raisonnable comme, par exemple, deux semaines ou deux mois, voire même six mois. Si la cour ne peut trancher la question dans un délai raisonnable, je me demande qui des intimés ou du gouvernement devrait subir les conséquences du retard.

À mon avis, il importe peu que les appelants aient pu prendre légalement possession de ces documents grâce à une demande fondée sur l'art. 38 ou 39 de la Loi. Il reste que les documents ont été obtenus au moyen des perquisitions et saisies effectuées conformément aux art. 40 et 40.1. Les appelants ont choisi la façon de procéder. Ils ont obtenu les documents en effectuant des perquisitions envahissantes dans des résidences et des locaux commerciaux. Ils ne peuvent maintenant invoquer le fait que les documents auraient pu être obtenus autrement.

Je ne puis retenir l'argument des appelants voulant que l'art. 69 de la Loi protège le droit à la vie privée des intimés puisqu'il prescrit la nature confidentielle des documents fiscaux. Bien que l'art. 69 protège les intimés contre la publication de renseignements contenus dans les documents, il ne les protège pas contre la violation par l'État de leur droit à la vie privée dans leurs domiciles et leurs bureaux. C'est le droit même que l'art. 8 de la *Charte* vise à protéger. L'article 69 ne protège pas suffisamment le droit des intimés à ce que les documents soient protégés. Je ne puis non plus accepter que la violation du droit à la vie privée puisse être quantifiée et que les intimés puissent

always be problems in any attempt to quantify and to compensate the breach of a *Charter* right. The nature of the right to compensation for breaches of *Charter* rights is still highly uncertain. See *RJR — MacDonald, supra*, at p. 342.

In summary then, there is some small privacy interest in commercial documents. The seizure by way of intrusive searches of business premises and private residences was and continues to be an integral part of the seizure. The intrusive nature of the search cannot be isolated from the taking of the documents. It is highly speculative to expect that a breach of privacy interests, not only in the documents, but also in the homes and offices of the respondents, could be compensated in damages. Thus, if the respondents are successful in the principal motions, they would suffer irreparable damage if the impounding orders, which constitute a very fair disposition of the matter, were to be set aside. It is then necessary to consider whether the public interest would be harmed by this apparently fair solution.

Balance of Inconveniences

It is under the balance of inconveniences branch of the *Metropolitan Stores* test that this case should really be decided. Obviously, the public interest is a very important consideration in determining whether an interlocutory impounding order should be set aside. What is being considered is a regulatory scheme dealing with the restaurant and hotel business. All who enter this field must be aware of the governmental regulations and know that they must comply with them. Those regulations are of great importance for the health and safety of the public. Thus, there clearly is a public good derived from the regulations. That public good must weigh heavily in the public interest in considering whether the interlocutory impounding orders should be set aside. Further the public good which results from the collection of revenues derived from taxation statutes is obviously a factor that should weigh heavily in assessing the balance of convenience. There is no question that to ensure

être indemnisés au moyen de dommages-intérêts. Il sera toujours difficile de tenter de quantifier et de compenser la violation d'un droit garanti par la *Charte*. La nature du droit à une indemnisation pour la violation de tels droits est encore fort incertaine. Voir *RJR — MacDonald*, précité, à la p. 342.

En résumé donc, il existe un droit minime à ce que les documents commerciaux soient protégés. La saisie effectuée au moyen de perquisitions envahissantes dans des locaux commerciaux et des résidences privées continue de faire partie intégrante de la saisie. La nature envahissante de la perquisition ne peut être dissociée de la saisie des documents. Le pari que la violation du droit à la vie privée non seulement à l'égard des documents, mais également dans les domiciles et les bureaux des intimés, pourrait être indemnisée au moyen de dommages-intérêts, est très risqué. Par conséquent, si leurs requêtes principales sont accueillies et si les ordonnances d'entiercement, qui constituent une solution très juste du problème, sont annulées, les intimés subiront un préjudice irréparable. Il est donc nécessaire de considérer si cette solution apparemment juste nuirait à l'intérêt public.

La prépondérance des inconvénients

C'est en fonction du volet de la prépondérance des inconvénients du critère énoncé dans l'arrêt *Metropolitan Stores* qu'il y a vraiment lieu de trancher la présente affaire. De toute évidence, l'intérêt public est un facteur très important pour déterminer s'il y a lieu d'annuler une ordonnance interlocutoire d'entiercement. C'est le régime de réglementation de la restauration et de l'hôtellerie qui est examiné. Tous ceux qui se lancent dans ce domaine doivent connaître la réglementation gouvernementale et la façon de la respecter. Cette réglementation est d'une grande importance pour la santé et la sécurité du public. Il en découle donc manifestement un bien pour le public qui, dans l'intérêt public, doit peser lourd lorsqu'il s'agit de savoir si les ordonnances interlocutoires d'entiercement devraient être annulées. En outre, le bien pour le public qui résulte de la perception des revenus engendrés par les lois fiscales devrait certainement peser lourd dans l'appréciation de la prépon-

compliance with any taxation legislation powers of investigation and enforcement are essential. These are all factors to be taken into account and considered to be favourable to the position of the Ministère du Revenu.

With all that recognized, it still must be determined whether the holding in escrow of the documents seized pending the determination of the constitutional validity of the search provisions of the Act should be upheld in light of the remaining privacy interest in those documents and in the homes and offices of the respondents. My colleague begins his analysis of the balance of inconveniences by observing that the impounding orders will merely delay the appellants' opportunity to look at the documents seized. Therefore, he continues, it can be presumed that the respondents will at one time or another suffer the inconveniences related to the investigation by the Ministère du Revenu (i.e., the appellants seeing the documents seized). With respect, I disagree. His approach assumes that the respondents will lose the main applications to quash the warrants. Any remedy in the nature of an interlocutory stay or impounding order is predicated on the possibility that the party applying for the stay will eventually be successful. Obviously, if the respondents are successful in the main applications, then they will not suffer a violation of their privacy interests. As I have observed, the impounding orders protect both the integrity of the documents and the privacy interest of the respondents. The impounding order is an eminently sensible interlocutory measure, provided that it does not harm the public interest.

What then is the detriment that the Ministère du Revenu will suffer if the impounding orders are upheld? After a review of the evidence provided in this case, I have come to the conclusion that the Ministère du Revenu and the public interest in the enforcement of taxation statutes would suffer little, if at all, from the granting and maintaining of these orders.

dérance des inconvénients. Il n'y a pas de doute que le respect d'une loi fiscale requiert l'existence de pouvoirs d'enquête et d'application. Ce sont tous là des facteurs dont il faut tenir compte et qui sont considérés comme favorables à la position du ministère du Revenu.

Une fois tout cela admis, il reste à déterminer si l'entiercement des documents saisis, jusqu'à ce qu'on se soit prononcé sur la constitutionnalité des dispositions de la Loi relatives à la perquisition, devrait être maintenu compte tenu du droit à la vie privée qui subsiste à l'égard de ces documents et des domiciles et bureaux des intimés. Mon collègue commence son analyse de la prépondérance des inconvénients en faisant remarquer que les ordonnances d'entiercement retarderont simplement le moment où les appelants pourront consulter les documents saisis. Par conséquent, ajoute-t-il, on peut présumer que les intimés subiront à un moment donné les inconvénients de l'enquête du ministère du Revenu (c'est-à-dire la consultation par les appelants des documents saisis). En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Mon collègue tient pour acquis que les intimés verront rejetées leurs demandes principales d'annulation des mandats. Toute réparation de la nature d'une suspension interlocutoire ou d'une ordonnance d'entiercement est fondée sur la possibilité que la partie qui demande la suspension aura éventuellement gain de cause. De toute évidence, si les intimés voient leurs demandes principales accueillies, leur droit à la vie privée ne sera pas violé. Comme je l'ai souligné, les ordonnances d'entiercement protègent à la fois l'intégrité des documents et le droit à la vie privée des intimés. L'ordonnance d'entiercement est une mesure interlocutoire fort raisonnable, pourvu qu'elle ne nuise pas à l'intérêt public.

Quel est donc l'inconvénient que le ministère du Revenu subira si les ordonnances d'entiercement sont maintenues? Après avoir examiné la preuve produite en l'espèce, j'en suis venu à la conclusion que le ministère du Revenu et l'intérêt du public dans l'application des lois fiscales se ressentiraient peu ou pas du tout de la délivrance et du maintien de ces ordonnances.

Quite simply, the evidence does not support the appellants' submission that the orders in these cases will paralyse the enforcement of taxation statutes in the province. The appellants are still at liberty to carry out searches and effect seizures. The appellants can still investigate and proceed under other sections of the Act, specifically ss. 38 and 39. Accepting, for the purpose of argument, the appellants' contention that this case will act as a precedent, it must be observed that there are so few searches and seizures carried out each year under taxation statutes in the province that this case is still one of exemption and not of suspension. In *RJR — MacDonald, supra*, it was held that the onus of demonstrating harm to the public interest is a relatively low one for government authorities opposing interlocutory orders. The following appears at p. 346:

The test will nearly always be satisfied simply upon proof that the authority is charged with the duty of promoting or protecting the public interest and upon some indication that the impugned legislation, regulation, or activity was undertaken pursuant to that responsibility. Once these minimal requirements have been met, the court should in most cases assume that irreparable harm to the public interest would result from the restraint of that action. [Emphasis added.]

However, the public interest will not always be harmed by granting a stay, particularly where the case in one of exemption rather than suspension (at p. 346):

Consideration of the public interest may also be influenced by other factors. In *Metropolitan Stores*, it was observed that public interest considerations will weigh more heavily in a "suspension" case than in an "exemption" case. The reason for this is that the public interest is much less likely to be detrimentally affected when a discrete and limited number of applicants are exempted from the application of certain provisions of a law than when the application of the law is suspended entirely.

The sole adverse effect of the impounding orders is that the appellants will not be able to see the documents seized until the constitutionality of the legislation is determined. The evidence indi-

Tout simplement, la preuve n'étaye pas la prétention des appelants que les ordonnances en l'espèce paralyseront l'application des lois fiscales dans la province. Les appelants demeurent libres d'effectuer des perquisitions et des saisies. Ils peuvent encore enquêter et agir en vertu d'autres dispositions de la Loi, particulièrement les art. 38 et 39. Si on accepte, pour les fins de la discussion, la prétention des appelants que la présente affaire fera figure de précédent, il faut remarquer que le nombre de perquisitions et de saisies effectuées chaque année sous le régime des lois fiscales dans la province est si peu élevé que le présent pourvoi demeure un cas d'exemption et non de suspension. Dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, précité, on a conclu que le fardeau d'établir l'existence d'un préjudice pour l'intérêt public est relativement peu exigeant pour les autorités gouvernementales qui s'opposent aux ordonnances interlocutoires. Voici ce qu'on peut lire, à la p. 346:

On pourra presque toujours satisfaire au critère en établissant simplement que l'organisme a le devoir de favoriser ou de protéger l'intérêt public et en indiquant que c'est dans cette sphère de responsabilité que se situent le texte législatif, le règlement ou l'activité contestés. Si l'on a satisfait à ces exigences minimales, le tribunal devrait, dans la plupart des cas, supposer que l'interdiction de l'action causera un préjudice irréparable à l'intérêt public. [Je souligne.]

Cependant, l'intérêt public ne subira pas toujours un préjudice du fait d'une suspension, en particulier lorsqu'il s'agit d'un cas d'exemption et non de suspension (à la p. 346):

L'examen de l'intérêt public peut également être touché par d'autres facteurs. Dans *Metropolitan Stores*, on a fait remarquer que les considérations d'intérêt public ont davantage de poids dans les cas de «suspension» que dans les cas d'«exemption». La raison en est que l'atteinte à l'intérêt public est beaucoup moins probable dans le cas où un groupe restreint et distinct de requérants est exempté de l'application de certaines dispositions d'une loi que dans le cas où l'application de la loi est suspendue dans sa totalité.

Les ordonnances d'entiercement ont pour seul effet préjudiciable d'empêcher les appelants de consulter les documents saisis jusqu'à ce qu'on se soit prononcé sur la constitutionnalité de la loi en

cates that this may delay the investigation in two ways. First the documents seized may well contain evidence which can be used in the prosecution. Secondly, the documents seized may enable the investigators to find additional evidence in the form of witnesses and other documents. The evidence does support the appellants' submission that the delay caused by the impounding orders may make it more difficult for the investigators to find more evidence in the form of other documents and witnesses when the orders are lifted.

However, the evidence also establishes that there are some avenues of investigation which can still be pursued while the impounding orders are in place. Further, it is clear that very few searches are conducted in a year. Quebec has approximately 4.2 million individual taxpayers, 240,000 corporate taxpayers, 223,000 employers, and 302,000 "agents". Despite the large base of taxpayers, the Ministère du Revenu of Quebec, carries out only some 45 investigations per year under all taxation legislation. Further, only some 25 searches and seizures are carried out in these 45 annual investigations. These statistics clearly indicate that the impounding orders will not curtail the investigative process.

The appellants further allege that it is confronted with a problem by the systematic granting of impounding orders with respect to documents seized pursuant to s. 40 of the Act. The appellants refer to eight cases, including the two which are the subject of this appeal.

Those cases are as follows: *Ameublement Jeanne Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-003335-872, granted April 15, 1987; *Brochette Tino Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-008861-898, denied July 17, 1989, [1989] R.D.F.Q. 98; *Restaurant le Gourmet grec Inc. v. Séguin*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-004272-

cause. La preuve révèle que cela risque de retarder l'enquête de deux façons. Premièrement, il est bien possible que les documents saisis contiennent des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés dans le cadre des poursuites. Deuxièmement, les documents saisis peuvent permettre aux enquêteurs de trouver des éléments de preuve supplémentaires sous la forme de témoins et d'autres documents. La preuve étaye effectivement la prétention des appelants que le retard causé par les ordonnances d'entiercement est susceptible de rendre plus difficile pour les enquêteurs de trouver des éléments de preuve supplémentaires sous la forme d'autres documents et de témoins, une fois les ordonnances levées.

Toutefois, la preuve établit également qu'il est possible de recourir à d'autres méthodes d'enquête pendant la durée des ordonnances d'entiercement. En outre, il est clair que très peu de perquisitions sont effectuées chaque année. Le Québec compte approximativement 4,2 millions de particuliers contribuables, 240 000 sociétés contribuables, 223 000 employeurs et 302 000 «mandataires». En dépit de ce nombre élevé de contribuables, le ministère du Revenu du Québec n'effectue qu'environ 45 enquêtes par année en application de toute la législation fiscale. De plus, seules quelque 25 perquisitions et saisies sont effectuées dans le cadre de ces 45 enquêtes, ce qui démontre clairement que les ordonnances d'entiercement ne freineront pas le processus d'enquête.

Les appelants soutiennent par ailleurs qu'il leur est difficile de comprendre pourquoi les ordonnances d'entiercement relatives aux documents saisis conformément à l'art. 40 de la Loi sont accordées systématiquement. Ils mentionnent huit affaires, dont les deux qui font l'objet du présent pourvoi.

Ces affaires sont les suivantes: *Ameublement Jeanne Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-003335-872, accueillie le 15 avril 1987; *Brochette Tino Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-008861-898, rejetée le 17 juillet 1989, [1989] R.D.F.Q. 98; *Restaurant le Gourmet grec Inc. c. Séguin*, C.S. Montréal, n° 500-05-004272-892, rejetée le 5 avril

892, denied April 5, 1989, [1989] R.D.F.Q. 80; *Courrier grec du Canada Ltée v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-002016-895, denied February 24, 1989; the present appeal *143471 Canada Inc. and Tabah; Cuisines Multiform internationales Inc. v. Angers*, granted January 31, 1992, [1992] R.D.F.Q. 46 (Sup. Ct.), and Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-002049-920, granted April 14, 1992, [1992] R.D.F.Q. 126; *Électro Marine Diesel Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-005278-922, granted April 28, 1992, [1992] R.D.F.Q. 125. The respondents also brought to the Court's attention *Groupe Shakiba Inc. v. Québec (Procureur général)*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-001644-934, granted June 3, 1993, [1993] R.D.F.Q. 70. These cases reveal that over a six year period, of nine motions, five were granted (one of these, *Ameublement Jeanne Inc.* was on consent), and four were refused.

It is true that these cases reveal that no applications for impounding orders have been denied since the decision of the Court Appeal of Quebec in *Zeppetelli v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 354. However, it is also true that they do not disclose a problem of a flood of impounding orders. The figures reveal not a flood, but at most a very slow and irregular trickle. I cannot accept that the enforcement of taxation statutes in the province of Quebec will be paralysed by impounding orders when the scant number of searches and seizures is compared to the number of taxpayers in the province.

It is not without significance that the Superior Court judges who heard the initial applications for the impounding orders, specifically found that there was no evidence that these orders would paralyse the investigation and prosecution of offences. Marquis J. in the *Tabah* case, [1990] R.D.F.Q. 90, wrote (at p. 96):

[TRANSLATION] The respondents argue that if the present application is granted there will be such an increase in this type of action that eventually enforcement of the Act will be paralyzed.

1989, [1989] R.D.F.Q. 80; *Courrier grec du Canada Ltée c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-002016-895, rejetée le 24 février 1989; le présent pourvoi *143471 Canada Inc. et Tabah; Cuisines Multiform internationales Inc. c. Angers*, accueillie le 31 janvier 1992, [1992] R.D.F.Q. 46 (C.S.), et C.S. Montréal, n° 500-05-002049-920, accueillie le 14 avril 1992, [1992] R.D.F.Q. 126; *Électro Marine Diesel Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-05-005278-922, accueillie le 28 avril 1992, [1992] R.D.F.Q. 125. Les intimés ont également attiré l'attention de la Cour sur l'affaire *Groupe Shakiba Inc. c. Québec (Procureur général)*, C.S. Québec, n° 200-05-001644-934, accueillie le 3 juin 1993, [1993] R.D.F.Q. 70. Ces affaires révèlent que, sur une période de six ans, des neuf requêtes, cinq ont été accueillies (l'une d'elles, *Ameublement Jeanne Inc.*, avec le consentement des parties), et quatre ont été rejetées.

Il est vrai que ces affaires révèlent qu'aucune demande d'ordonnance d'entiercement n'a été rejetée depuis l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Zeppetelli c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 354. Toutefois, il est également vrai qu'elles ne révèlent aucun problème de cascade d'ordonnances d'entiercement. Les chiffres reflètent tout au plus un filet très mince et irrégulier. Je ne puis accepter que l'application des lois fiscales dans la province de Québec sera paralysée par des ordonnances d'entiercement si on compare le nombre limité de perquisitions et de saisies au nombre de contribuables dans la province.

Il n'est pas sans importance que les juges de la Cour supérieure qui ont entendu les demandes initiales d'ordonnances d'entiercement aient conclu expressément qu'il n'y avait aucune preuve que ces ordonnances paralyseraient l'enquête et les poursuites relatives aux infractions. Dans la décision *Tabah*, [1990] R.D.F.Q. 90, le juge Marquis écrit (à la p. 96):

Les intimés plaident qu'il faut entrevoir un accroissement de tels recours, si la présente requête est accordée, au point éventuellement de produire une paralysie de la mise en application de la loi.

It should be noted in this regard that this is a case concerning the meals and hotels tax. The evidence is that the Department conducts forty-five (45) investigations per year under this Act: twenty-five (25) of these result in searches. To date an impounding order has only been granted once. The fear of Department employees is understandable but is not based on any factual evidence adduced. [Emphasis added.]

Hannan J. in *143471 Canada Inc.*, [1990] R.D.F.Q. 104, wrote (at p. 109):

[TRANSLATION] Clearly this affidavit indicates that the effect of a stay would not be to suspend any other investigation or prosecution of the applicants [respondents before this Court] for any other offence in respect of any other period. It would not have the effect of limiting the application of any tax legislation to any taxpayer or even to the applicants, except for use of the documents subject to the seizure.

Further, there cannot be any suggestion that the orders in these cases were granted on the basis of judicial "rubber stamping". The cases were argued extensively and careful reasons delivered. For example, the argument in the *Tabah* case lasted three days and that in *143471 Canada Inc.* lasted two days. In both cases the reasons given for the orders were careful and detailed.

The evidence clearly establishes that the granting of impounding orders will certainly not paralyse the enforcement of taxation laws in the province of Quebec. Even if in every case where searches were carried out, impounding orders were in fact issued, this would not have the effect of paralysing the enforcement of taxation legislation. It must be remembered that the impounding orders do not prevent searches. They do no more than delay the appellants viewing the documents seized. It cannot be said that the impounding orders in this case so interfere with the enforcement of taxation laws as to seriously harm the public interest. I think it unlikely that citizens will consider that they can break taxation laws with impunity when searches and seizures can still take place. Obviously, the balance of convenience would be very different if the respondents were seeking to have the carrying out of searches and seizures pursuant

À ce sujet, rappelons qu'il s'agit ici d'une affaire qui porte sur la taxe sur les repas et l'hôtellerie. La preuve est à l'effet que le ministère effectue quarante-cinq (45) enquêtes par année en vertu de cette loi: vingt-cinq (25) d'entre elles donnent lieu à des perquisitions. À date, l'entiercement a été accordé une seule fois. L'appréhension des fonctionnaires du ministère est compréhensible sans pour autant reposer sur des données factuelles mises en preuve. [Je souligne.]

Dans la décision *143471 Canada Inc.*, [1990] R.D.F.Q. 104, le juge Hannan écrit (à la p. 109):

Évidemment, de cet affidavit on peut apprendre que l'effet d'un sursis n'aurait pas pour effet de geler toute autre enquête ou poursuite des requérantes [parties intimées devant notre Cour] pour toute autre infraction pour n'importe quelle autre période. Il n'aurait pas pour effet de restreindre l'application de toute loi fiscale à tout contribuable ou même aux requérants, exception faite de l'utilisation des documents sous le coup de la saisie.

En outre, on ne saurait donner à entendre que les ordonnances en l'espèce ont été accordées sans discussion par les tribunaux. Les affaires ont été plaidées longuement et des motifs approfondis ont été prononcés. Par exemple, la plaidoirie dans l'affaire *Tabah* a duré trois jours et, dans l'affaire *143471 Canada Inc.*, deux jours. Dans les deux cas, les motifs prononcés à l'appui de l'ordonnance étaient approfondis et détaillés.

La preuve établit clairement que la délivrance des ordonnances d'entiercement ne paralysera certainement pas l'application des lois fiscales au Québec. Même si, dans tous les cas où des perquisitions ont été effectuées, des ordonnances d'entiercement étaient effectivement rendues, l'application de la législation fiscale ne s'en trouverait pas paralysée. Il faut se rappeler que les ordonnances d'entiercement n'empêchent pas les perquisitions. Elles ne font que retarder le moment où les appelants pourront consulter les documents saisis. On ne peut pas dire que les ordonnances d'entiercement en l'espèce ont entravé l'application des lois fiscales au point de nuire gravement à l'intérêt public. J'estime qu'il est peu probable que les citoyens considéreront qu'ils peuvent enfreindre impunément les lois fiscales lorsque des perquisitions et des saisies sont encore possibles. De toute évidence, la prépondérance des inconvénients

to ss. 40 and 40.1 of the Act enjoined. Here, the respondents seek no more than the maintenance of the impounding orders. Further, like *La Forest J.*, I would conclude that the limitation period for laying charges will not run while the impounding orders are in effect. In the circumstances, I can reach no other conclusion than that the balance of convenience favours the respondents.

I agree with my colleague that the presence or absence of a flood of applications is not determinative in deciding whether an interlocutory order should be granted. The nature and scope of the order requested, as well as the circumstances of each case will determine whether the court hearing the application should be concerned about a flood of similar requests. However, those concerns cannot be based on mere speculation. In my view, for a court to act based upon those concerns, there must be a substantial risk that there will be a flood of requests.

In this case, the evidence simply does not support the proposition that there is a probability, or even a real possibility, let alone a substantial risk, that there would be a flood of similar requests as a result of granting these applications.

My colleague suggests at the end of his reasons that there is an onus on an applicant for an interlocutory stay or impounding order (the respondents before this Court) to show that granting the stay or impounding order forwards the public interest. The discussion in *RJR — MacDonald* at pp. 343-47 on which my colleague relies does not hold that in all cases an applicant for a stay must show that granting such an order is in the public interest. As a general rule all an applicant need show is that the public interest is not hurt by the order. What that passage considers is the situation where an applicant argues not only that its own private interest but also the public interest will be hurt by the refusal of a stay. In those circumstances, the private applicant has a higher threshold than the government respondent to establish

serait tout autre si les intimés demandaient l'interdiction des perquisitions et des saisies fondées sur les art. 40 et 40.1 de la Loi. Ici, les intimés ne demandent que le maintien des ordonnances d'entiercement. De plus, à l'instar du juge *La Forest*, je conclurais que le délai de prescription relatif au dépôt d'accusations ne courra pas pendant la durée des ordonnances d'entiercement. Dans ces circonstances, je ne puis que conclure que la prépondérance des inconvénients favorise les intimés.

Je conviens avec mon collègue que l'existence ou non d'une cascade de demandes n'est pas déterminante pour ce qui est de savoir s'il y a lieu d'accorder une ordonnance interlocutoire. Ce sont la nature et la portée de l'ordonnance demandée, de même que les circonstances de chaque cas, qui détermineront si le tribunal qui entend la demande devrait s'inquiéter d'une avalanche de requêtes semblables. Ces inquiétudes ne sauraient toutefois être fondées sur de simples conjectures. Pour qu'un tribunal agisse en fonction de ces inquiétudes, il doit, à mon avis, exister un risque important d'avalanche de requêtes.

En l'espèce, la preuve n'appuie simplement pas la proposition qu'il existe une probabilité, ou même une possibilité réelle, et encore moins un risque important, qu'il y ait une avalanche de requêtes semblables si les demandes en cause sont accueillies.

Mon collègue affirme, à la fin de ses motifs, qu'il incombe au requérant qui demande la suspension interlocutoire ou l'ordonnance d'entiercement (les intimés en l'espèce) de démontrer que la suspension ou l'ordonnance d'entiercement sert l'intérêt public. On ne conclut pas, dans l'analyse effectuée aux pp. 343 à 347 de l'arrêt *RJR — MacDonald*, sur laquelle mon collègue se fonde, que le requérant qui demande la suspension doit dans tous les cas démontrer qu'il est dans l'intérêt public d'accorder une telle ordonnance. En règle générale, le requérant n'a qu'à démontrer que l'ordonnance ne nuit pas à l'intérêt public. Ce passage renvoie au cas où le requérant fait valoir que le refus de la suspension nuira non seulement à son propre intérêt privé, mais encore à l'intérêt public. Dans ces circonstances, le particulier qui fait la

that the public interest is served by its position. That is not this case. While in a general sense it can be said that there is a public interest in preventing unconstitutional searches, the respondents in this case do not rely on that public interest to support the impounding orders. Rather, they rely on their own privacy interests, and the fact that the public interest will not be harmed by granting the impounding orders. Thus, the respondents in this case only have to show that granting the orders will not harm the public interest, not that granting the orders will forward the public interest. This the respondents have done.

In summary, the evidence establishes that there is no serious interference with the enforcement of taxation statutes resulting from the granting of the impounding orders. There is then, no interference with the public interest and on this basis the impounding orders should be upheld. Further, even if it can be said that in a certain sense, the irreparable harm the respondents would suffer from the refusal of the impounding orders is small, since there is no significant interference with the public interest, the impounding orders should be upheld.

Delay

As I have indicated, if the judicial system could deal with the constitutional issue within a relatively short period, there would be no question that the impounding order would be the fairest and most reasonable method of proceeding. The prosecution would be protected, since the documents seized would be in safe keeping and could not be altered or changed. At the same time, the respondents' privacy interest in the documents, small though it may be, would be protected. How long is reasonable? Obviously, if the delay were a matter of weeks there would be no problem. Just as clearly, if the determination could be made within six months, there could be no significant prejudice suffered by anyone. It seems the delay will be longer than that in the province of Quebec. Judges of the Trial Division and the Court of Appeal work well and diligently under the pressure of an ever increasing case load. Courts and judges can do no

demande doit satisfaire à des exigences minimales plus élevées que le gouvernement intimé pour établir que l'intérêt public est servi par sa position. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Si, de façon générale, on peut dire qu'il est dans l'intérêt public d'empêcher les perquisitions inconstitutionnelles, les intimés en l'espèce n'invoquent pas cet intérêt public pour justifier les ordonnances d'entiercement. Ils font plutôt valoir leur propre droit à la vie privée et le fait que les ordonnances d'entiercement ne nuiront pas à l'intérêt public. Les intimés en l'espèce n'ont donc qu'à démontrer que la délivrance des ordonnances ne nuira pas à l'intérêt public, et non pas qu'elle le servira. C'est ce que les intimés ont fait.

En résumé, la preuve établit qu'aucune ingérence grave dans l'application des lois fiscales ne résulte de la délivrance des ordonnances d'entiercement. Il n'y a donc pas atteinte à l'intérêt public et, pour ce motif, il y a lieu de maintenir les ordonnances d'entiercement. De plus, même si l'on peut soutenir que, dans un certain sens, le préjudice irréparable que le rejet des ordonnances d'entiercement causerait aux intimés est minime, il y a lieu de maintenir les ordonnances d'entiercement puisqu'il n'y a pas d'atteinte grave à l'intérêt public.

Délai

Comme je l'ai indiqué, si le système judiciaire pouvait trancher la question constitutionnelle dans un délai relativement bref, il est évident que l'ordonnance d'entiercement serait la façon de procéder la plus juste et la plus raisonnable. La poursuite serait protégée car les documents saisis seraient gardés en sécurité et ne risqueraient pas d'être falsifiés ou modifiés. De même, le droit des intimés à ce que les documents soient protégés, aussi minime soit-il, serait garanti. Quel délai est raisonnable? Manifestement, s'il s'agissait de semaines, il n'y aurait aucun problème. De même, si la décision pouvait être prise dans les six mois, personne ne subirait de préjudice grave. Il semble que le délai sera plus long dans la province de Québec. Les juges de première instance et de la Cour d'appel travaillent bien et diligemment sous le poids d'une charge de travail qui s'alourdit sans cesse. Les tribunaux et les juges ne peuvent faire plus.

more. Who then should bear the responsibility for that delay? Surely it should not be the individual, where as in this case, a serious question of law is raised as to the constitutional validity of search and seizure provisions of the legislation. The respondents should not suffer as a result of judicial delay. Ordinarily I would trust that this matter could be expedited and disposed of by the Court of Appeal of Quebec as expeditiously as possible. This Court has been advised that the Court of Appeal of Quebec granted the request of the respondent 143471 Canada Inc. to expedite the hearing of the appeal. The appeal was heard April 13, 1994. The Court of Appeal of Quebec dismissed the appeal on May 18, 1994, J.E. 94-934. I would expect that the application of Tabah would be bound by this decision. As a result it is not necessary to consider a direction to expedite the hearing of the appeal in 143471 Canada Inc. or the application in Tabah.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Veillette & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondents: Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondent Héту: Woods Brouillette Des Marais, Montréal.

Qui donc devrait assumer la responsabilité du délai? Sûrement pas le particulier, lorsque, comme en l'espèce, une question de droit sérieuse est soulevée quant à la constitutionnalité des dispositions de la loi qui portent sur les perquisitions et les saisies. Les intimés ne devraient pas souffrir du retard causé par les tribunaux. Normalement, je compterais que cette affaire pourrait être activée et tranchée par la Cour d'appel du Québec aussi rapidement que possible. Notre Cour a appris que la Cour d'appel du Québec a fait droit à la requête de l'intimée 143471 Canada Inc. visant à hâter l'audition de l'appel. L'appel a été entendu le 13 avril 1994 et la Cour d'appel du Québec l'a rejeté le 18 mai 1994, J.E. 94-934. Je m'attendrais à ce que cette décision s'applique à la demande de Tabah. En définitive, il n'est pas nécessaire d'examiner une directive enjoignant de hâter l'audition de l'appel dans l'affaire 143471 Canada Inc., ou celle de la demande effectuée dans Tabah.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs des appelants: Veillette & Associés, Montréal.

Procureurs des intimés: Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'intimé Héту: Woods Brouillette Des Marais, Montréal.

D. S. H. and J. D. N. Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. H. (D.S.) AND N. (J.D.)

File No.: 23689.

1994: May 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Appeal — Appellate court — Jurisdiction — Question of law — Trial turning on reliability of witnesses and inferences to be drawn from their evidence — Neither issue raising a question of law and therefore appellate court without jurisdiction.**Criminal law — Appeal — Appellate court — Jurisdiction — Question of law — Trial turning on reliability of witnesses and inferences to be drawn from their evidence — Neither issue raising a question of law and therefore appellate court without jurisdiction.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 47 W.A.C. 129, allowing an appeal from acquittals by Saunderson Prov. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

Stan Guenther, for the appellant D. S. H.*Douglas J. Marion*, for the appellant J. D. N.*Dirk Ryneveld, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — We are ready to hand down judgment now. We agree with the dissenting reasons of Seaton J.A. in the British Columbia Court of Appeal (1993), 47 W.A.C. 129. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of

D. S. H. et J. D. N. Appelants

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTOIRE: R. c. H. (D.S.) ET N. (J.D.)

N° du greffe: 23689.

^b 1994: 30 mai.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE*Appel — Cour d'appel — Compétence — Question de droit — Procès portant sur la fiabilité des témoins et les conclusions à tirer de leur témoignage — Absence de compétence de la Cour d'appel étant donné qu'aucune question de droit n'est soulevée par l'une ou l'autre question en litige.**Droit criminel — Appel — Cour d'appel — Compétence — Question de droit — Procès portant sur la fiabilité des témoins et les conclusions à tirer de leur témoignage — Absence de compétence de la Cour d'appel étant donné qu'aucune question de droit n'est soulevée par l'une ou l'autre question en litige.*^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 47 W.A.C. 129, qui a accueilli l'appel des verdicts d'acquiescement prononcés par le juge Saunderson de la Cour provinciale et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.*Stan Guenther*, pour l'appellant D. S. H.^h *Douglas J. Marion*, pour l'appellant J. D. N.*Dirk Ryneveld, c.r.*, pour l'intimée.ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante. Nous souscrivons aux motifs de dissidence du juge Seaton de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 47 W.A.C. 129. En conséquence, le pourvoi est

Appeal set aside and the acquittals entered at trial are restored.

accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et les verdicts d'acquittement inscrits au procès sont rétablis.

Judgment accordingly.

^a Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant D. S. H.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs de l'appelant D. S. H.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitor for the appellant J. D. N.: Douglas J. ^b Marion, Campbell River.

Procureur de l'appelant J. D. N.: Douglas J. Marion, Campbell River.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique.

**Her Majesty The Queen in right of Canada
and the Minister of Employment and
Immigration** *Appellants*

v.

Reza *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec and the
Canadian Council for Refugees** *Interveners*

INDEXED AS: REZA v. CANADA

File No.: 23361.

1994: April 25; 1994: June 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Courts — Jurisdiction — Procedure — Immigration
review and Federal Court appellate processes from
decision on refugee claim exhausted — Constitutional
challenge of Immigration Act brought in provincial
superior court — Motion to stay constitutional chal-
lenge granted by motions court judge but overturned on
appeal — Whether any basis for Court of Appeal's
interference with the motions court judge's exercise of
discretion — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c.
C. 43, s. 106 — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss.
43(1), 44(1), 48, 82.1, 82.2, transitional provisions, as
am.*

*Immigration — Refugee status — Immigration review
and Federal Court appellate processes from decision on
refugee claim exhausted — Constitutional challenge of
Immigration Act brought in provincial superior court —
Motion to stay constitutional challenge granted by
motions court judge but overturned on appeal —
Whether any basis for Court of Appeal's interference
with the motions court judge's exercise of discretion.*

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le
ministre de l'Emploi et de
l'Immigration** *Appelants*

c.

Reza *Intimé*

et

**Le procureur général du Québec et le
Conseil canadien pour les
réfugiés** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: REZA c. CANADA

N° du greffe: 23361.

1994: 25 avril; 1994: 9 juin.

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

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

*Tribunaux — Compétence — Procédure — Épuise-
ment des procédures de contrôle en matière d'immigra-
tion et d'appel à la Cour fédérale à l'encontre d'une
décision relative à une revendication du statut de réfu-
gié — Contestation de la constitutionnalité de la Loi sur
l'immigration devant la cour supérieure d'une province
— Requête visant à surseoir à la contestation constitu-
tionnelle accueillie par le juge des requêtes mais écartée
en appel — La Cour d'appel était-elle fondée à interve-
nir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge
des requêtes? — Loi sur les tribunaux judiciaires,
L.R.O. 1990, ch. C. 43, art. 106 — Loi sur l'immigra-
tion, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 43(1), 44(1), 48, 82.1,
82.2, dispositions transitoires, et mod.*

*Immigration — Statut de réfugié — Épuisement des
procédures de contrôle en matière d'immigration et
d'appel à la Cour fédérale à l'encontre d'une décision
relative à une revendication du statut de réfugié — Con-
testation de la constitutionnalité de la Loi sur l'immi-
gration devant la cour supérieure d'une province —
Requête visant à surseoir à la contestation constitu-
tionnelle accueillie par le juge des requêtes mais écartée en
appel — La Cour d'appel était-elle fondée à intervenir
dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des
requêtes?*

A two-member "credible-basis" tribunal established under the Transitional Provisions of the *Immigration Act* decided that there was no credible basis for referring the respondent's claim to the Immigration and Refugee Board (Convention Refugee Determination Division), and in consequence a deportation order was issued. The respondent then applied, unsuccessfully, to the Federal Court of Appeal for leave to commence a proceeding to set aside the deportation order. The case was reviewed on humanitarian and compassionate grounds by an Immigration officer and reconsidered at respondent's request a number of times. After the last reconsideration the respondent unsuccessfully sought leave to commence judicial review of the officer's decision in the Federal Court, Trial Division.

The respondent subsequently brought an application in the Ontario Court (General Division) for a declaration that: (a) the credible-basis hearing was contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the relevant sections of the Act were inoperative, or in the alternative constitutionally inapplicable to the respondent; (b) ss. 44(1) and 48 of the Transitional Provisions of the *Immigration Act* which operated to permit a removal order to be issued against the respondent were inoperative and constitutionally inapplicable to the respondent; (c) ss. 82.1 of the *Immigration Act* (requiring leave to commence judicial review in the Federal Court) and 82.2 (prohibiting an appeal of a refusal to grant leave) violate ss. 7, 15 and 24(1) of the *Charter* and violate s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. The respondent also brought a motion for an interlocutory injunction restraining the Minister of Employment and Immigration from deporting him pending the final disposition of the respondent's application for declaratory relief.

The Ontario Court (General Division) granted the appellants' motion to stay the respondent's application for declaratory and injunctive relief. The Ontario Court of Appeal stayed the deportation order pending disposition of the respondent's appeal to that court and later allowed the respondent's appeal and ordered that the stay of respondent's application granted by the Ontario Court (General Division) be set aside. At issue here was whether there was any basis for the Court of Appeal's interference with the motions court judge's exercise of discretion.

Held: The appeal should be allowed.

There was no basis for interfering with the motions court judge's decision to stay the proceedings com-

Un premier palier d'audience composé de deux membres et constitué sous le régime des dispositions transitoires de la *Loi sur l'immigration* a déterminé que la revendication de l'intimé était sans minimum de fondement et qu'elle ne pouvait être renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié). Une ordonnance d'expulsion a donc été délivrée. L'intimé a alors demandé sans succès à la Cour d'appel fédérale l'autorisation de présenter une demande visant à infirmer la mesure d'expulsion. Un agent d'immigration a revu le cas de l'intimé pour des considérations humanitaires et l'a réexaminé plusieurs fois à sa demande. Après le dernier réexamen, l'intimé a demandé sans succès à la Section de première instance de la Cour fédérale l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent.

L'intimé a subséquemment demandé à la Cour de l'Ontario (Division générale) un jugement déclarant que: a) l'audience sur le minimum de fondement viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que les articles en cause sont inopérants ou, subsidiairement, constitutionnellement inapplicables à l'égard de l'intimé, b) le par. 44(1) et l'art. 48 des dispositions transitoires de la *Loi sur l'immigration* autorisant la mesure d'expulsion prise contre l'intimé sont inopérants et constitutionnellement inapplicables à son égard, c) les art. 82.1 de la *Loi sur l'immigration* (obligation d'obtenir l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale) et 82.2 (absence de droit d'appel contre le refus d'accorder l'autorisation) violent les art. 7 et 15 et le par. 24(1) de la *Charte* et l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'intimé a également demandé une injonction interlocutoire interdisant au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de l'expulser jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur sa demande de jugement déclaratoire.

La Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli la requête des appelants en vue de surseoir à la demande de jugement déclaratoire et d'injonction de l'intimé. La Cour d'appel de l'Ontario a sursis à la mesure d'expulsion jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel de l'intimé à cette cour, et elle a subséquemment accueilli l'appel de l'intimé et ordonné que la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) de surseoir à la demande de l'intimé soit infirmée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel était fondée à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il n'y avait aucune raison de modifier la décision du juge des requêtes de surseoir à l'instance introduite par

menced by the respondent. The Ontario Court (General Division) and the Federal Court had concurrent jurisdiction to hear the respondent's application but, under s. 106 of the *Courts of Justice Act*, any judge of the General Division had a discretion to stay the proceedings. The motions court judge properly exercised his discretion on the basis that Parliament had created a comprehensive scheme of review of immigration matters and the Federal Court was an effective and appropriate forum. This was the correct approach.

It was unnecessary to discuss the issue of the application of *res judicata* and issue estoppel. Since leave to commence judicial review was required in both the Federal Court of Appeal and the Federal Court, Trial Division and since one of the issues was the constitutional validity of the leave procedure itself, the application of either *res judicata* or issue estoppel was subject to serious doubt.

Whether the exercise of discretion is patently unreasonable is not the appropriate test for reviewing the exercise of judicial discretion. The appropriate test is whether the judge at first instance has given sufficient weight to all relevant considerations.

Cases Cited

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Kourteess v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12, 15, 24(1).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C. 43, s. 106.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 43(1) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), s. 14], 44(1) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), s. 14], 48, 82.1 [ad. R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), s. 19, rep. & sub. 1990, c. 8, s. 53], 82.2 [ad. R.S.C., 1985, c. 28 (4th

l'intimé. La Cour de l'Ontario (Division générale) et la Cour fédérale avaient une compétence concurrente pour entendre la demande de l'intimé mais, en vertu de l'art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, un juge de la Division générale avait le pouvoir discrétionnaire de surseoir à l'instance. Le juge des requêtes a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire pour le motif que le législateur avait créé un régime complet de contrôle en matière d'immigration et que la Cour fédérale était un tribunal efficace et approprié. C'était là la façon correcte de procéder.

Il était inutile de se pencher sur la question de l'application du principe de l'autorité de la chose jugée et de celui de la fin de non-recevoir. Puisqu'il était nécessaire d'obtenir l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire tant à la Cour d'appel fédérale qu'à la Section de première instance de la Cour fédérale, et que l'une des questions visait la constitutionnalité de la procédure d'autorisation, l'application du principe de l'autorité de la chose jugée ou de celui de la fin de non-recevoir a été sérieusement mise en doute.

La question de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire est manifestement déraisonnable n'est pas le critère qu'il convient d'appliquer en matière de contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge. Il s'agit plutôt de savoir si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Maynard c. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Kourteess c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et liberté, art. 7, 12, 15, 24(1).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 43(1) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), art. 14], 44(1) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), art. 14], 48, 82.1 [aj. L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), art. 19, abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 53], 82.2 [aj. L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), art. 19, abr.

Supp.), s. 19, rep. & sub. 1990, c. 8, s. 54], transitional provisions.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 11 O.R. (3d) 65, 58 O.A.C. 377, 98 D.L.R. (4th) 88, 11 C.R.R. (2d) 213, 9 Admin. L.R. 121, allowing an appeal from a judgment of Ferrier J. granting a stay from constitutional challenge. Appeal allowed.

J. E. Thompson, Q.C., and Donald A. MacIntosh, for the appellants.

Mel Green, Barbara Jackman and Carter Hoppe, for the respondent.

Françoise Saint-Martin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jean-François Goyette, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — This is an appeal from the decision of the Ontario Court of Appeal setting aside an order made by a motions court judge staying the respondent's application for a declaration that certain provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, operated to deny his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and for consequent injunctive relief. The issue on appeal is whether there was any basis for the Court of Appeal's interference with the motions court judge's exercise of discretion.

I. Facts

The respondent came to Canada from Iran in June 1987 and claimed protection as a Convention refugee on the ground that he feared political persecution. On August 30, 1990 a two-member "credible-basis" tribunal established under the Transitional Provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. 28 (4th Supp.), decided that there was no credible basis for referring his claim to the Immigration and Refugee Board (Convention Refugee Determination Division), and in consequence

& rempl. 1990, ch. 8, art. 54], dispositions transitoires.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C. 43, art. 106.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 11 O.R. (3d) 65, 58 O.A.C. 377, 98 D.L.R. (4th) 88, 11 C.R.R. (2d) 213, 9 Admin. L.R. 121, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Ferrier de surseoir à une contestation constitutionnelle. Pourvoi accueilli.

J. E. Thompson, c.r., et Donald A. MacIntosh, pour les appelants.

Mel Green, Barbara Jackman et Carter Hoppe, pour l'intimé.

Françoise Saint-Martin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Jean-François Goyette, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Il s'agit d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé la décision d'un juge des requêtes de surseoir à la requête de l'intimé en jugement déclarant que certaines dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, ont pour effet de nier ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, et la demande d'injonction corrélative. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel était fondée à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes.

h I. Les faits

À son arrivée au Canada en provenance d'Iran, en juin 1987, l'intimé a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention pour le motif qu'il craignait d'être persécuté du fait de ses opinions politiques. Le 30 août 1990, un premier palier d'audience composé de deux membres et constitué sous le régime des dispositions transitoires de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. 28 (4^e suppl.), a déterminé que sa revendication était sans minimum de fondement et qu'elle ne

a deportation order was issued. The respondent then applied to the Federal Court of Appeal for leave to commence a proceeding to set aside the deportation order. On January 7, 1991, the Federal Court of Appeal dismissed his application.

The respondent's case was reviewed on humanitarian and compassionate grounds by an Immigration officer and reconsidered at his request a number of times. After the last reconsideration the respondent sought leave to commence judicial review of the officer's decision in the Federal Court, Trial Division. On January 7, 1992, the Federal Court, Trial Division, refused leave.

The respondent subsequently brought an application in the Ontario Court (General Division) for a declaration that:

- (a) the credible-basis hearing under s. 43(1) of the Transitional Provisions and consequent sections of the *Immigration Act* violated s. 7 of the *Charter* and that, therefore, the relevant sections were inoperative or in the alternative, constitutionally inapplicable to the respondent;
- (b) ss. 44(1) and 48 of the Transitional Provisions of the *Immigration Act* which operated to permit a removal order to be issued against the respondent were inoperative and constitutionally inapplicable to the respondent;
- (c) ss. 82.1 of the *Immigration Act* (requiring leave to commence judicial review in the Federal Court) and 82.2 (prohibiting an appeal of a refusal to grant leave) violate ss. 7, 15 and 24(1) of the *Charter* and violate s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.

The respondent also brought a motion for an interlocutory injunction under the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C. 43, restraining the Minister of Employment and Immigration from removing him from Canada pending the final disposition of

pouvait être renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié). Une ordonnance d'expulsion a donc été délivrée. L'intimé a alors demandé à la Cour d'appel fédérale l'autorisation de présenter une demande visant à infirmer la mesure d'expulsion. Le 7 janvier 1991, la Cour d'appel fédérale a rejeté sa demande.

Un agent d'immigration a revu le cas de l'intimé pour des considérations humanitaires et l'a réexaminé plusieurs fois à sa demande. Après le dernier réexamen, l'intimé a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent. Le 7 janvier 1992, la Section de première instance a refusé l'autorisation.

L'intimé a subséquemment demandé à la Cour de l'Ontario (Division générale) un jugement déclarant que:

- a) l'audience sur le minimum de fondement tenue en vertu du par. 43(1) des dispositions transitoires et d'articles consécutifs de la *Loi sur l'immigration* viole l'art. 7 de la *Charte* et que, par conséquent, les articles en cause sont inopérants ou, subsidiairement, constitutionnellement inapplicables à l'égard de l'intimé;
- b) le paragraphe 44(1) et l'art. 48 des dispositions transitoires de la *Loi sur l'immigration* autorisant la mesure d'expulsion prise contre l'intimé sont inopérants et constitutionnellement inapplicables à son égard;
- c) les articles 82.1 de la *Loi sur l'immigration* (obligation d'obtenir l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale) et 82.2 (absence de droit d'appel contre le refus d'accorder l'autorisation) violent les art. 7 et 15 et le par. 24(1) de la *Charte* et l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.

L'intimé a également demandé une injonction interlocutoire en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C. 43, interdisant au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de l'expulser du Canada jusqu'à ce qu'il soit statué défi-

the respondent's application for declaratory relief. He claimed that his removal to Iran would violate ss. 7 and 12 of the *Charter*.

The appellants took the position before the Ontario Court (General Division) that the Court, in its discretion, should decline to exercise its jurisdiction on the ground that it is more appropriate for a constitutional challenge to sections of the *Immigration Act* to be heard in the Federal Court. On March 24, 1992 Ferrier J. granted the appellants' motion to stay the respondent's application for declaratory and injunctive relief. The deportation order was stayed by Galligan J.A. pending disposition of the respondent's appeal to the Court of Appeal for Ontario. The appellants subsequently consented to the issuance of an interlocutory injunction prohibiting the Minister of Employment and Immigration from removing the respondent from Canada until final disposition of the matters raised in the application. On October 30, 1992, the Court of Appeal for Ontario allowed the respondent's appeal and ordered that the order of Ferrier J. be set aside.

II. Judgments Below

Ontario Court (General Division)

Ferrier J., Endorsement on Motion Record

Ferrier J. stated, "[t]his Court clearly has jurisdiction to grant the relief sought by the Applicant. The issue is whether the Court may decline to exercise its jurisdiction and if so, whether the Court ought to so decline in this case". He then went on to state:

In the absence of any showing that the available review process and appeal process is inappropriate or less advantageous than the habeas corpus jurisdiction of this Court, this Court should, in the exercise of its discretion, decline to grant relief on a habeas corpus application. Both jurisprudence and logic would support that this Court should leave the review of immigration matters with the Federal Court of Canada: *Re Peiroo* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (O.C.A.). To the same effect is the C.A.

nitivement sur sa demande de jugement déclaratoire. Il a soutenu que son renvoi en Iran violerait les art. 7 et 12 de la *Charte*.

Les appelants ont soutenu devant la Cour de l'Ontario (Division générale) qu'en vertu de son pouvoir discrétionnaire, la cour devrait refuser d'exercer sa compétence pour le motif qu'il est plus approprié qu'une contestation constitutionnelle de dispositions de la *Loi sur l'immigration* soit entendue en Cour fédérale. Le 24 mars 1992, le juge Ferrier a accueilli la requête des appelants en vue de surseoir à la demande de jugement déclaratoire et d'injonction de l'intimé. Le juge Galligan de la Cour d'appel a sursis à la mesure d'expulsion jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel de l'intimé à la Cour d'appel de l'Ontario. Les appelants ont subséquemment consenti à une ordonnance d'injonction interlocutoire interdisant au ministre de l'Emploi et de l'Immigration d'expulser l'intimé du Canada jusqu'à ce que les questions soulevées dans la demande soient tranchées définitivement. Le 30 octobre 1992, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de l'intimé et annulé l'ordonnance du juge Ferrier.

II. Les juridictions inférieures

Cour de l'Ontario (Division générale)

Inscription du juge Ferrier sur le dossier de la requête

Le juge Ferrier a indiqué que [TRADUCTION] «[n]otre Cour est clairement compétente pour accorder la réparation sollicitée par le requérant. La question est de savoir si elle peut refuser d'exercer sa compétence et si, dans l'affirmative, elle doit le faire en l'espèce». Il a ensuite ajouté:

[TRADUCTION] En l'absence de toute preuve que les procédures de contrôle et d'appel sont inadéquates ou moins avantageuses que la compétence de notre Cour en matière d'habeas corpus, notre Cour devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'accorder la réparation demandée dans le cadre d'une demande d'habeas corpus. Tant la jurisprudence que la logique justifient notre Cour de laisser à la Cour fédérale du Canada le contrôle des affaires d'immigration:

decision in *Sheperd* (1989) 52 C.C.C. (3d) 386. I am of course bound by these decisions.

The case at bar does not involve an application for habeas corpus relief, but the relief sought, by way of declaration and injunctive relief, is also discretionary in this Court. The Federal Court has jurisdiction to grant the relief sought in this application and in my view the principles set out by the C.A. in *Peiroo* and in *Sheperd* are applicable to the case at bar. The circumstances described by Campbell in *Bembeneck* 69 C.C.C. (3d) 34 which influenced the Court to take jurisdiction, are not present here.

As to whether the process is less advantageous in the Federal Court, as indicated, the relief is available in that Court and in my view the requirement of leave in that Court to make a claim for a declaratory judgment does not make the process less advantageous . . .

Accordingly, it is my view that this proceeding should be stayed and I so order.

Ontario Court of Appeal (1992), 11 O.R. (3d) 65

Arbour J.A. (Carthy J.A. concurring)

Arbour J.A. held that the sole issue before the court was: assuming that the Federal Court would have jurisdiction to hear the respondent's application, upon what principles should a provincial superior court decline to hear an application for a remedy under the *Charter* in deference to a prospective litigation of the issue in the Federal Court?

Dealing first with the argument that the issue falls to be decided by the *habeas corpus* jurisprudence, Arbour J.A. found that the cases relied upon by the motions court judge merely affirm that a provincial superior court may decline to entertain an application for *habeas corpus* when the applicant is attempting to bypass a statutory scheme. She held that those cases offered little guidance in the present case where the comprehensive statutory scheme has been exhausted.

Arbour J.A. expressed the view that, assuming that both the Federal Court and the Ontario Court had jurisdiction, the *prima facie* choice of jurisdic-

Re Peiroo (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.O.). La décision de la C.A. dans *Sheperd* (1989) 52 C.C.C. (3d) 386 est au même effet. Je suis évidemment lié par ces arrêts.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'une demande d'habeas corpus, mais la réparation demandée au moyen du jugement déclaratoire et de l'injonction relève également du pouvoir discrétionnaire de notre Cour. La Cour fédérale a compétence pour accorder la réparation demandée et, à mon avis, les principes énoncés dans les arrêts de la C.A. *Peiroo* et *Sheperd* s'appliquent en l'espèce. Les circonstances décrites par Campbell dans *Bembeneck* 69 C.C.C. (3d) 34, qui ont amené la cour à exercer sa compétence, ne se retrouvent pas en l'espèce.

Quant à savoir si le processus est moins avantageux en Cour fédérale, comme on l'a indiqué, cette dernière peut accorder la réparation et, à mon avis, l'obligation d'obtenir son autorisation pour demander un jugement déclaratoire ne rend pas le processus moins avantageux. . .

En conséquence, je suis d'avis de surseoir à la présente procédure.

Cour d'appel de l'Ontario (1992), 11 O.R. (3d) 65

Le juge Arbour (avec l'appui du juge Carthy)

Pour le juge Arbour, l'unique question devant la cour était de savoir, à supposer que la Cour fédérale soit compétente pour entendre la demande de l'intimé, en vertu de quels principes la cour supérieure d'une province devrait refuser d'entendre une demande de réparation fondée sur la *Charte* par égards pour un débat éventuel de la question en Cour fédérale.

Analysant d'abord l'argument selon lequel la question doit être tranchée suivant la jurisprudence relative à l'*habeas corpus*, le juge Arbour a conclu que les arrêts invoqués par le juge des requêtes ne faisaient que confirmer que la cour supérieure d'une province peut refuser de juger une demande d'*habeas corpus* lorsque le requérant tente de passer outre à un régime législatif. Elle a conclu que ces arrêts n'étaient guère utiles dans la présente affaire, où tous les recours prévus dans le régime législatif ont été épuisés.

Le juge Arbour s'est dite d'avis que, à supposer que la Cour fédérale et la Cour de l'Ontario aient toutes deux compétence, le choix *prima facie* de la

tion should have been that of the respondent. She saw no reason why the Ontario Court should defer to the expertise of the Federal Court since this was not an immigration case, but a constitutional one. She held that no principle of curial deference in constitutional adjudication could be relied upon by a provincial superior court to defer to the expertise of the Federal Court merely because the constitutional violation is said to have occurred in the context of an immigration matter.

Although the issue of convenience was not raised as such, Arbour J.A. felt that the trial judge's reference to advantage and inconvenience seemed to originate in the doctrine of *forum non conveniens*. Referring to the opinion of Lamer J. (as he then was) in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, she stated that the test articulated under that doctrine should not be determinative of the jurisdictional conflict in this case, but agreed that the principles offer useful guidance for the proper exercise of discretion.

After stating the *forum conveniens* test to be applied where the appropriate forum is at issue, Arbour J.A. said that she disagreed with Ferrier J.'s conclusion that the leave requirement to proceed before the Federal Court did not make the process less advantageous. She was of the view that the leave threshold would operate as a juridical disadvantage to the respondent who could commence the identical procedure as of right in the Ontario Court. Arbour J.A. also noted that the Federal Court of Appeal had already decided against the contentions of the respondent and thus his application was likely to fail in that forum. She held that the respondent was entitled to avail himself of the juridical advantage he would enjoy in the Ontario courts and to choose, between two equally competent forums, the one in which the law was not already settled against his contention. Arbour J.A. concluded by acknowledging the limited usefulness of the *forum non conveniens* test in constitutional cases, but held that if applied to the

jurisdiction aurait dû appartenir à l'intimé. Elle n'a vu aucune raison pour la Cour de l'Ontario de s'incliner devant l'expertise de la Cour fédérale puisqu'il ne s'agissait pas d'une affaire d'immigration, mais d'une affaire constitutionnelle. Elle a conclu que la cour supérieure d'une province ne pouvait invoquer aucun principe de retenue judiciaire dans le cadre d'une décision de nature constitutionnelle pour s'incliner devant l'expertise de la Cour fédérale, pour le simple motif que la violation constitutionnelle est survenue, dit-on, dans un contexte d'immigration.

Bien que la question de la commodité n'ait pas été soulevée comme telle, le juge Arbour a estimé que la mention par le juge de première instance des avantages et des inconvénients semblait provenir de la doctrine du *forum non conveniens*. Se reportant à l'opinion exprimée par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, elle a déclaré que le critère établi d'après cette doctrine n'est pas déterminant dans la résolution du conflit juridictionnel en l'espèce, convenant toutefois que les principes offraient une aide utile relativement à l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire.

Après avoir exposé le critère du *forum conveniens* applicable lorsque la question du tribunal approprié est en litige, le juge Arbour a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge Ferrier selon laquelle l'obligation d'obtenir l'autorisation de la Cour fédérale ne rend pas le processus moins avantageux. À son avis, la condition relative à l'autorisation causerait un inconvénient juridique à l'intimé, qui pourrait introduire une procédure identique de plein droit devant la Cour de l'Ontario. Le juge Arbour a également noté que la Cour d'appel fédérale s'était déjà prononcée contre les prétentions de l'intimé et que, par conséquent, il était probable que sa demande serait refusée devant cette même cour. Elle a ajouté qu'il était loisible à l'intimé de se prévaloir de l'avantage juridique dont il bénéficie devant les tribunaux de l'Ontario et de choisir, entre deux tribunaux également compétents, celui qui n'avait pas déjà déterminé le droit à l'encontre de ses prétentions. Le juge Arbour a terminé en reconnaissant l'utilité

present case it could not support the granting of a stay.

Finally, Arbour J.A. stated, at p. 72:

In my opinion, the factors relied upon by the motions court judge in this case did not justify his decision to decline to exercise his jurisdiction and I see no other relevant factor that would. There is no principle which justifies a provincial superior court declining jurisdiction simply because the identical remedy could be pursued in the Federal Court, when a constitutional remedy is sought in good faith before a court fully competent to grant it.

Abella J.A. (dissenting)

Abella J.A. emphasized the breadth of a motions court judge's discretion to grant a stay but held that the discretion should not be exercised in a patently unreasonable manner. She described the respondent's application as follows at p. 76:

The [respondent] could have raised virtually all of his *Charter* arguments in his numerous immigration and judicial review proceedings. This action is, at heart, an attempt to have the credible basis decision and the deportation order reviewed and relitigated by a different forum by recharacterizing and reformulating as constitutional the outcomes and procedures the [respondent] had previously (and unsuccessfully) invoked. Every opportunity existed for the raising of all of these *Charter* challenges. But the [respondent] chose instead first to exhaust the forums available in the pursuit of his statutory rights in immigration matters, then to re-explore them in other forums available in the pursuit of his *Charter* ones.

This application is essentially an application to declare the [respondent's] deportation order and the Federal Court's process unconstitutional. The entire background presented in this appeal through extensive documents and submissions to this court, is based on the particular facts which arose in the [respondent's] own immigration proceedings, proceedings which have been declared by Parliament to be within the jurisdiction of the Federal Court. The [respondent's] application is,

limitée du critère du *forum non conveniens* dans les affaires constitutionnelles, mais elle a conclu que s'il était appliqué à la présente affaire, il ne pourrait justifier le sursis.

Enfin, le juge Arbour dit, à la p. 72:

[TRADUCTION] À mon avis, les facteurs invoqués en l'espèce par le juge des requêtes ne lui permettaient pas de refuser d'exercer sa compétence, et je ne vois aucun autre facteur pertinent qui le lui permette. Aucun principe ne justifie une cour supérieure d'une province de refuser d'exercer sa compétence, lorsqu'une réparation constitutionnelle est demandée de bonne foi devant une cour pleinement compétente pour l'accorder, pour la simple raison qu'une réparation identique pourrait être demandée à la Cour fédérale.

Le juge Abella (dissidente)

Le juge Abella a souligné l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes d'accorder un sursis, en précisant toutefois que ce pouvoir ne devrait pas être exercé d'une manière manifestement déraisonnable. Elle décrit ainsi la demande de l'intimé, à la p. 76:

[TRADUCTION] L'[intimé] aurait pu soulever pour ainsi dire tous ses arguments fondés sur la *Charte* dans le cadre de ses nombreuses procédures en immigration et en contrôle judiciaire. Fondamentalement, il tente, par la présente action, de faire contrôler et débattre de nouveau la décision sur le minimum de fondement et la mesure d'expulsion par un tribunal différent en qualifiant de constitutionnelles, et en les formulant de nouveau dans ce sens, les conséquences et procédures qu'il a antérieurement invoquées sans succès. Il aurait très bien pu soulever toutes ces contestations fondées sur la *Charte*. Au lieu de cela, il a choisi de faire valoir ses droits d'origine législative en matière d'immigration devant tous les tribunaux possibles, pour ensuite les faire examiner de nouveau devant d'autres tribunaux en se fondant sur ses droits garantis par la *Charte*.

La demande vise essentiellement à faire déclarer inconstitutionnelles la mesure d'expulsion prise à l'égard de l'[intimé] et la procédure de la Cour fédérale. Toute la toile de fond exposée à notre Cour dans des documents volumineux et des arguments approfondis est fondée sur les faits particuliers qui se sont produits dans les procédures d'immigration intentées par l'[intimé], procédures que le législateur a déclarées être de la compétence de la Cour fédérale. La demande de l'[in-

while now designated to be constitutional in nature, a constitutional challenge to the results in his own case.

Abella J.A. referred to *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346, in support of the proposition that parties are not permitted to begin fresh litigations because of new views they may entertain of the law of the case. That case also suggested that the plea of *res judicata* applies when parties seek to bring forward points which could have been raised in earlier litigation. Abella J.A. found both these propositions germane to the case at bar.

Abella J.A. went on to state that, even if she was wrong to suggest that the new proceedings before the Ontario Court could and should have been raised in any of the immigration and Federal Court procedures, Ferrier J. did not err by deferring this new application to another court of concurrent jurisdiction. In her view there was no obligation on the part of the Ontario Court (General Division) to hear every case presented for adjudication in which there is a constitutional issue raised. She held that the discretion to decline to hear such a case surely exists when not only does the Federal Court have concurrent jurisdiction to deal with the matter, it also has expertise and experience in immigration law; administrative law and Federal Court procedure, the core issues of the respondent's application. She also found it significant that the Federal Court has an exclusive mandate over immigration matters and found the principles from *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (dealing with *habeas corpus*), were applicable. Abella J.A. noted that the failure to decline to exercise jurisdiction would raise concerns over forum-shopping, inconsistency and multiplicity of proceedings.

In conclusion, Abella J.A. held that a categorical denial of a superior court judge's discretion to

timé], bien que maintenant qualifiée de constitutionnelle, est une contestation constitutionnelle des résultats obtenus dans son propre cas.

Le juge Abella a invoqué l'arrêt *Maynard c. Maynard*, [1951] R.C.S. 346, pour appuyer la proposition selon laquelle les parties ne sont pas autorisées à former de nouveaux litiges en se fondant sur les nouvelles opinions qu'elles peuvent avoir sur le droit de l'affaire. Cet arrêt laissait également entendre que l'autorité de la chose jugée peut être invoquée lorsque les parties cherchent à soulever des points qui pourraient l'avoir été dans des litiges antérieurs. Le juge Abella a conclu que ces deux propositions étaient pertinentes dans la présente affaire.

Le juge Abella a ensuite déclaré que, même si elle avait tort de donner à entendre que les nouvelles procédures devant la Cour de l'Ontario auraient pu ou auraient dû être soulevées dans le cadre des procédures d'immigration ou de celles de la Cour fédérale, le juge Ferrier n'a pas commis d'erreur en renvoyant cette nouvelle demande à une autre cour de compétence concurrente. À son avis, la Cour de l'Ontario (Division générale) n'était pas tenue d'entendre toutes les affaires dans lesquelles une question constitutionnelle est soulevée. Elle a conclu que le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre une telle affaire existe sûrement lorsque la Cour fédérale a non seulement une compétence concurrente pour l'entendre, mais également l'expertise et l'expérience en droit de l'immigration, en droit administratif et quant à la procédure de la Cour fédérale, questions qui sont au cœur de la demande de l'intimé. Elle a également jugé important le fait que la Cour fédérale a un mandat exclusif en matière d'immigration et elle a conclu que les principes tirés de *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (portant sur l'*habeas corpus*), étaient applicables. Le juge Abella a souligné que le défaut de décliner compétence susciterait des préoccupations quant au manque d'uniformité, à la multiplicité des procédures et au magasinage de tribunaux.

En conclusion, le juge Abella a estimé qu'il n'était pas justifié de refuser catégoriquement au

decline to exercise jurisdiction in favour of a tribunal of concurrent jurisdiction was not warranted. She held that the discretion not only existed, but should not have been interfered with when, as in the present case, it was reasonably exercised.

III. Analysis

We are all of the view that this appeal should be allowed. We are generally in agreement with the dissenting reasons delivered by Abella J.A. in the Court of Appeal. We are unable to agree, however, with two aspects of Abella J.A.'s reasons.

First, citing cases which deal with the doctrine of *res judicata* Abella J.A. concluded that all of the issues raised in the respondent's application to the Ontario Court (General Division) could and should have been raised in the proceedings in the Federal Court. We interpret this as a finding that the issues were either *res judicata* or subject to issue estoppel. In view of the fact that leave to commence judicial review was required in both the Federal Court of Appeal and the Federal Court, Trial Division and one of the issues was the constitutional validity of the leave procedure itself we have serious doubts about the application of either *res judicata* or issue estoppel. Moreover, in view of the conclusion reached by Abella J.A. and which we share, it was and is unnecessary to address this issue.

Second, Abella J.A. stated that the standard of review for an appellate court reviewing a lower court's exercise of discretion is whether the exercise of discretion is patently unreasonable. While the latter is appropriate in review of decisions of administrative tribunals, the test for appellate review of the exercise of judicial discretion is whether the judge at first instance has given sufficient weight to all relevant considerations: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77, per La Forest J. See also *Manitoba (Attorney General)*

juge d'une cour supérieure le pouvoir discrétionnaire de décliner sa compétence en faveur d'un tribunal de compétence concurrente. Selon elle, non seulement le pouvoir discrétionnaire existe, mais encore il ne devrait faire l'objet d'aucune intervention lorsque, comme en l'espèce, il a été exercé raisonnablement.

III. Analyse

Nous sommes tous d'avis d'accueillir le présent pourvoi. Nous sommes en grande partie d'accord avec les motifs dissidents du juge Abella de la Cour d'appel. Nous ne pouvons toutefois souscrire à deux volets de ses motifs.

Premièrement, après avoir cité des décisions portant sur le principe de l'autorité de la chose jugée, le juge Abella a conclu que toutes les questions soulevées dans la demande de l'intimé à la Cour de l'Ontario (Division générale) auraient pu et auraient dû être soulevées en Cour fédérale. À notre avis, cela signifierait que les questions avaient l'autorité de la chose jugée ou étaient sujettes à une fin de non-recevoir. Puisqu'il était nécessaire d'obtenir l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire tant à la Cour d'appel fédérale qu'à la Section de première instance de la Cour fédérale, et que l'une des questions visait la constitutionnalité de la procédure d'autorisation, nous doutons sérieusement de l'application du principe de l'autorité de la chose jugée ou de celui de la fin de non-recevoir. En outre, étant donné la conclusion du juge Abella, que nous partageons, il était et il demeure inutile de traiter la question.

Deuxièmement, le juge Abella a déclaré qu'une cour d'appel qui contrôle l'exercice par une instance inférieure de son pouvoir discrétionnaire applique la norme de l'exercice manifestement déraisonnable du pouvoir discrétionnaire. Si cette norme convient pour le contrôle des décisions des tribunaux administratifs, le critère en matière de contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge est de savoir si le juge a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes: *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des*

v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 154-55.

These two points aside, we agree with Abella J.A.'s conclusion that there is no basis for interfering with Ferrier J.'s decision to stay the proceedings commenced by the respondent. The Ontario Court (General Division) and the Federal Court had concurrent jurisdiction to hear the respondent's application but, under s. 106 of the *Courts of Justice Act*, any judge of the General Division had a discretion to stay the proceedings. Ferrier J. properly exercised his discretion on the basis that Parliament had created a comprehensive scheme of review of immigration matters and the Federal Court was an effective and appropriate forum. In view of our decision in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, this was the correct approach.

Since Ferrier J. took into account all relevant considerations in exercising his discretion to grant a stay, there is no basis for an appellate court to interfere with his decision. The majority in the Ontario Court of Appeal erred in doing so. Accordingly, the appeal is allowed.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: David Matas, Winnipeg.

Transports), [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 76 et 77, les motifs du juge La Forest. Voir également *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, aux pp. 154 et 155.

Mis à part ces deux points, nous souscrivons à la conclusion du juge Abella qu'il n'y a aucune raison de modifier la décision du juge Ferrier de surseoir à l'instance introduite par l'intimé. La Cour de l'Ontario (Division générale) et la Cour fédérale avaient une compétence concurrente pour entendre la demande de l'intimé mais, en vertu de l'art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, un juge de la Division générale avait le pouvoir discrétionnaire de surseoir à l'instance. Le juge Ferrier a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire pour le motif que le législateur avait créé un régime complet de contrôle en matière d'immigration et que la Cour fédérale était un tribunal efficace et approprié. Compte tenu de notre arrêt *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53, c'était la façon correcte de procéder.

Puisque le juge Ferrier a tenu compte de toutes les considérations pertinentes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner un sursis, un tribunal d'appel ne serait pas justifié de modifier sa décision. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a commis une erreur en le faisant. Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Ruby & Edwardh, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés: David Matas, Winnipeg.

Comité paritaire de l'industrie de la chemise *Appellant*

and

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Jonathan Potash *Respondent*

and between

Comité paritaire de l'industrie de la chemise *Appellant*

and

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Sélection Milton *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Association des comités paritaires du Québec Inc. *Intervenors*

INDEXED AS: COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE *v.* POTASH; COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE *v.* SÉLECTION MILTON

File No.: 23083.

Hearing and judgment: January 27, 1994.

Reasons delivered: June 23, 1994.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Comité paritaire de l'industrie de la chemise *Appelant*

a et

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.
b

Jonathan Potash *Intimé*

et entre

c
Comité paritaire de l'industrie de la chemise *Appelant*

d et

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.
e

Sélection Milton *Intimée*

et
f

g
Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et l'Association des comités paritaires du Québec Inc. *Intervenants*

h
RÉPERTORIÉ: COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE *c.* POTASH; COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE *c.* SÉLECTION MILTON

N° du greffe: 23083.

Audition et jugement: 27 janvier 1994.

i Motifs déposés: 23 juin 1994.

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

j
EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Inspections — Powers of inspection of an agency responsible for implementing a government decree in a regulated industrial sector — Whether these powers of inspection, conferred by a provincial statute, infringe s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 22(e).

Civil rights — Unreasonable search or seizure — Inspections — Powers of inspection of an agency responsible for implementing a government decree in a regulated industrial sector — Whether these powers of inspection, conferred by a provincial statute, infringe s. 24.1 of the Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12 — Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 22(e).

Following a complaint, the appellant Comité paritaire was informed that work had been given sewing shirts with the brand of the respondent Sélection Milton to employees who were not paid. Inspectors from the Comité paritaire went to the respondent's premises on two occasions to obtain a list of the shirt sewing subcontracts given out by the respondent, see the respondent's pay register and visit its workshop in order to meet with the employees. Under the second paragraph of s. 22(e) of the *Act respecting Collective Agreement Decrees* ("ACAD"), inspectors "may, as of right and at any reasonable time, examine the registration system, the compulsory register and the pay-list of any employer, take copies or extracts therefrom, verify as regards any employer and any employee the rate of wage, duration of work, apprenticeship system and observance of the other provisions of the decree [and] require . . . all information deemed necessary". The respondent Potash, representing Sélection Milton, refused to grant the inspectors' requests on the ground that they had no search warrant. Proceedings were then brought against the respondents pursuant to s. 33 ACAD and the respondents were fined for having obstructed the inspection. The Court of Québec concluded that s. 22(e) did not infringe either s. 24.1 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On appeal by trial *de novo*, the Superior Court upheld this judgment, but the Court of Appeal allowed the respondents' appeal and rendered a verdict of not guilty. The court concluded that the second paragraph of s. 22(e) is inconsistent with s. 24.1 of the *Quebec Charter* and s. 8 of the *Canadian Charter* since it does not contain a requirement of reasonable and proba-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Inspections — Pouvoirs d'inspection d'un organisme chargé de l'application d'un décret gouvernemental à un secteur réglementé de l'industrie — Ces pouvoirs d'inspection conférés par une loi provinciale violent-ils l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 22e).

Libertés publiques — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Inspections — Pouvoirs d'inspection d'un organisme chargé de l'application d'un décret gouvernemental à un secteur réglementé de l'industrie — Ces pouvoirs d'inspection conférés par une loi provinciale violent-ils l'art. 24.1 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12? — Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 22e).

À la suite d'une plainte, le Comité paritaire appelant a été informé qu'on aurait donné du travail de couture de chemises portant la marque de confection de l'intimée Sélection Milton à des employés qui n'auraient pas été payés. Les inspecteurs du Comité paritaire se sont présentés à deux reprises chez l'intimée pour obtenir la liste des sous-contrats de couture de chemises octroyés par l'intimée, voir son registre de paye et visiter son atelier de travail afin de rencontrer les employés. En vertu du deuxième alinéa du par. 22e) de la *Loi sur les décrets de convention collective* («LDCC»), les inspecteurs «peuvent de droit et à toute heure raisonnable examiner le système d'enregistrement, le registre obligatoire et la liste de paye de tout employeur, en prendre des copies ou extraits, vérifier auprès de tout employeur et de tout salarié le taux du salaire, la durée du travail, le régime d'apprentissage et l'observance des autres dispositions du décret, [et] requérir [. . .] les renseignements jugés nécessaires». L'intimé Potash, représentant de Sélection Milton, a refusé d'accéder aux demandes des inspecteurs pour le motif qu'ils n'étaient pas munis de mandat de perquisition. Les intimés ont alors été poursuivis en vertu de l'art. 33 LDCC et condamnés à des amendes pour avoir entravé l'inspection. La Cour du Québec a conclu que le par. 22e) ne violait ni l'art. 24.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, ni l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En appel par voie de procès *de novo*, la Cour supérieure a confirmé ce jugement, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés et rendu un verdict de non-culpabilité. La cour a conclu que le deuxième alinéa du par. 22e) est incompatible avec l'art. 24.1 de la *Charte québécoise* et l'art. 8 de la *Charte canadienne* puisqu'il ne

ble grounds to believe that the inspected employer is in fact covered by the decree.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The powers of inspection set out in the second paragraph of s. 22(e) ACAD are contemplated by s. 8 of the Canadian Charter. The power to make copies of documents is analogous to that of requiring documents to be produced and constitutes a seizure within the meaning of s. 8. As for the other inspection powers set out in the second paragraph, they may be assimilated to a search within the meaning of the same section. The visit to the premises is the foundation of the power to examine specific documents, verify certain working conditions, and require information. Despite being less invasive than a search, inspection is unquestionably an "intrusion".

These powers of inspection are reasonable and do not infringe s. 8. The ACAD is a regulatory statute whose purpose is to ensure decent working conditions in certain sectors of industry where employees are among the most vulnerable. The inspection powers set out in this Act enable the parity committees to monitor compliance by employers with the various decrees and observance of the working conditions they impose. The need for such powers is clear, especially since compliance with the standards imposed by the decrees depends first and foremost on employer honesty. Given that employers' activities are extensively regulated by the state, the reasonable expectations of privacy they may have with respect to the documents mentioned in s. 22(e), whose content is specifically provided for by the ACAD for professional employers, or with respect to the premises where an activity subject to specific standards is conducted, are considerably lower. Moreover, the particular limits placed on the inspection scheme protect, so far as possible, the right to privacy of the individuals affected. Inspectors may not make copies of any documents other than those mentioned in the second paragraph. They may not force an entry into a workplace if the employer refuses to admit them; they must rather bring proceedings for obstruction. The possibility that certain inspections may take place at the home of the employer or of the employees, when it coincides with their workplace, does not make the inspection powers less reasonable. These powers are sufficiently circumscribed by the nature of the persons affected — the employer and employee — to attain the purpose of the ACAD. The powers to check certain information and to require information deemed necessary are essential to the carry-

prévoit pas l'exigence d'un motif raisonnable et probable de croire que l'employeur inspecté est de fait visé par le décret.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: Les pouvoirs d'inspection prévus au deuxième alinéa du par. 22e) LDCC sont visés par l'art. 8 de la Charte canadienne. Le pouvoir de tirer copie d'un document est un pouvoir analogue à celui d'en exiger la production et constitue une saisie au sens de l'art. 8. Quant aux autres pouvoirs d'inspection énoncés au deuxième alinéa, ils sont assimilables à une perquisition au sens du même article. La visite des lieux constitue l'assise des pouvoirs d'examiner des documents spécifiques, de vérifier certaines conditions de travail et de requérir des renseignements. Malgré son caractère moins envahissant que la perquisition, l'inspection est sans conteste une «intrusion».

Ces pouvoirs d'inspection sont raisonnables et ne violent pas l'art. 8. La LDCC est une loi de nature réglementaire qui vise à assurer des conditions de travail décentes dans certains secteurs de l'industrie où les salariés comptent parmi les plus vulnérables. Les pouvoirs d'inspection inclus dans cette loi permettent aux comités paritaires de surveiller l'assujettissement des employeurs aux différents décrets et l'observance des conditions de travail qu'ils imposent. La nécessité de tels pouvoirs est évidente, d'autant plus que le respect des normes imposées par les décrets repose d'abord et avant tout sur l'honnêteté des employeurs. Vu que les activités des employeurs sont largement réglementées par l'État, les attentes raisonnables qu'ils peuvent entretenir en matière de vie privée à l'égard des documents visés au deuxième alinéa du par. 22e), dont la tenue est spécifiquement envisagée par la LDCC pour les employeurs professionnels, ou à l'égard des lieux où s'exerce l'activité assujettie à des normes particulières, sont considérablement réduites. De plus, les balises particulières qui encadrent le régime d'inspection protègent dans la mesure du possible le droit à la vie privée des individus affectés. Les inspecteurs ne peuvent tirer copie que des documents mentionnés au deuxième alinéa. Ils ne peuvent forcer l'entrée d'un lieu de travail si l'employeur la leur refuse; ils doivent plutôt entreprendre une poursuite pour entrave. La possibilité que certaines inspections se déroulent au domicile de l'employeur ou des salariés, lorsqu'il coïncide avec leur lieu de travail, ne diminue pas le caractère raisonnable des pouvoirs d'inspection. Ces pouvoirs sont suffisamment circonscrits par la nature des personnes visées — l'employeur et le salarié — pour satisfaire à l'objet de la LDCC.

ing out of the parity committees' function. These powers must be exercised in accordance with the purpose of the ACAD and it will always be possible to challenge abuses. Such a possibility does not alter the validity of the legislative scheme and the balance it strikes between the interests of society and the individual's right to privacy. Finally, the second paragraph of s. 22(e) is not unreasonable by reason of its application to all employers, and not only those that inspectors have reasonable grounds to believe are subject to a decree. Within the limits of their respective areas of application, the decrees are binding on all employers. If the inspection powers were not applicable to all employers, it would be impossible to verify whether some of them were covered by a given decree or acted in compliance with the conditions it imposes.

The criteria set out in *Hunter*, which were developed in a very different context, are not applicable. The exercise of the powers of inspection set out in the second paragraph of s. 22(e) does not carry with it the stigmas normally associated with criminal investigations and their consequences are less draconian. The possibility that those responsible for enforcing a statute will uncover in the course of inspections facts that point to a violation does not alter the underlying purpose behind the exercise of the powers of inspection. The same is true when the enforcement is prompted by a complaint. The complaint system is a practical means not only of checking whether contraventions of the ACAD have occurred, but also of deterring them. In view of the important purpose of regulatory legislation, the need for powers of inspection and the lower expectations of privacy, a proper balance between the interests of society and the rights of individuals does not require, in addition to the legislative authority, a system of prior authorization.

The preceding analysis also applies to s. 24.1 of the Quebec Charter.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Major JJ.: The powers conferred on inspectors by the second paragraph of s. 22(e) ACAD are subject to the constitutional protection of s. 8 of the Canadian Charter. The right to obtain information from the employer and employees, and the right to examine documents and make copies of them, constitute a "seizure" within the meaning of s. 8 and, although it is an administrative inspection, the right of access by inspectors to work premises is comparable to a "search" within the

Quant aux pouvoirs de vérifier certaines données et de requérir des renseignements jugés nécessaires, ils sont essentiels à l'exécution du mandat des comités paritaires. Ces pouvoirs doivent être exercés en conformité avec l'objet de la LDCC et il sera toujours possible de contester les abus. Une telle éventualité n'altère pas la validité du régime législatif et l'équilibre qu'il atteint entre les intérêts sociaux et le droit à la vie privée des particuliers. Enfin, le deuxième alinéa du par. 22e) n'est pas déraisonnable parce qu'il s'applique à tous les employeurs, et non seulement à ceux dont on a des motifs raisonnables de croire qu'ils sont assujettis à un décret. Dans les limites de leur champ d'application respectif, les décrets lient tous les employeurs. En l'absence de pouvoirs d'inspection opposables à tous ces derniers, il serait impossible de vérifier, à l'égard de plusieurs d'entre eux, leur assujettissement à un décret donné ou le respect des conditions qu'il impose.

Les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*, qui ont été élaborés dans un contexte fort différent, ne sont pas applicables. L'exercice des pouvoirs d'inspection prévus au deuxième alinéa du par. 22e) n'entraîne pas les stigmates qui sont normalement associés aux enquêtes de nature criminelle et leurs conséquences sont moins draconiennes. La possibilité que les personnes chargées de l'application d'une loi découvrent dans le cadre de leur inspection des indices qui en laissent soupçonner la violation n'altère pas l'intention fondamentale qui anime l'exercice des pouvoirs d'inspection. Il en est ainsi lorsque leur mise en œuvre est motivée par une plainte. Le système de plainte constitue un moyen pragmatique non seulement de vérifier les manquements à la LDCC, mais également d'en dissuader la survenance. Compte tenu de l'importance de l'objectif des lois de nature réglementaire, de la nécessité des pouvoirs d'inspection et des attentes réduites en matière de vie privée, l'équilibre entre les intérêts sociaux et les droits des particuliers ne commande pas l'imposition d'un système d'autorisation préalable en sus de l'aval législatif.

L'analyse qui précède s'applique également à l'art. 24.1 de la Charte québécoise.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Major: Les pouvoirs conférés aux inspecteurs par le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC sont assujettis à la protection constitutionnelle de l'art. 8 de la Charte canadienne. Le droit d'obtenir des renseignements auprès de l'employeur et des salariés, de même que celui d'examiner les documents et d'en prendre copie, constituent une «saisie» au sens de l'art. 8 et, bien qu'il s'agisse d'une inspection administrative, le droit d'accès aux lieux de travail par les inspecteurs est assi-

meaning of this section. These searches and seizures are reasonable and do not infringe s. 8. The ACAD regulates certain industrial sectors through its mechanism for extending collective agreements by decree. Its purpose is to guarantee employees working in these sectors of activity minimum working conditions. This social objective is very important, as the employees covered by the decrees are among the most vulnerable. In this context, the powers of inspection of the parity committees are essential to ensure implementation of the decrees, particularly as compliance with the decrees is primarily a matter of honesty and integrity on the part of employers.

The expectations of privacy which employers covered by the disputed provision may have are not very high. The documents that may be examined or reproduced under s. 22(e) relate only to the coverage of employers by the ACAD and various decrees. The keeping of most of these documents is in any case required by the ACAD or other legislation. These documents are commercial in nature, and the mere possibility of seizure of information of a personal nature cannot by itself determine whether the powers conferred by the ACAD are reasonable. The ACAD does not authorize the seizure of documents of a personal nature, and in the event that such documents would be seized, one could always apply to the courts for an appropriate remedy. Finally, the expectations of privacy which employers may have are further reduced by the fact that the powers of inspection are exercised at the employees' workplace, even discounting the fact that the right of access conferred by the ACAD is relatively limited.

The standard of reasonableness is less strict in a matter involving the regulation of an industrial sector than it is in criminal matters. Since the ACAD is regulatory legislation providing for administrative inspections in a regulated industrial sector, the rules in *Hunter*, requiring a system of prior authorization based on the existence of reasonable and probable grounds, do not apply. Administrative inspections involving a visit to the premises without prior authorization are not unreasonable in the context of the ACAD. The visit of the premises must be necessary in order to properly serve the regulatory objective and be rationally connected to the main purpose of the Act. Moreover, the ACAD significantly circumscribes the manner in which the inspection will take place. The visit must be made at a reasonable time and takes place at the employees' workplace. The inspectors cannot freely engage in a search of the premises. Access to the workplace is permitted solely in order to consult

milable à une «perquisition» au sens de cet article. Ces saisies et perquisitions sont raisonnables et ne violent pas l'art. 8. La LDCC est une loi qui réglemente certains secteurs de l'industrie par son mécanisme d'extension des conventions collectives par décret. Son objet est de garantir aux salariés qui travaillent dans ces secteurs d'activités des conditions minimales de travail. Cet objectif de caractère social est très important puisque les salariés visés par les décrets comptent parmi les plus vulnérables. Dans ce contexte, les pouvoirs d'inspection du comité paritaire sont essentiels pour assurer l'application des décrets, d'autant plus que le respect de ces derniers relève avant tout de l'honnêteté et de l'intégrité des employeurs.

Les attentes en matière de vie privée que peuvent entretenir les employeurs visés par la disposition contestée ne sont pas très élevées. Les documents susceptibles d'être examinés ou reproduits en vertu du par. 22e) ne concernent que l'assujettissement des employeurs à la LDCC et aux différents décrets. La tenue de la plupart de ces documents est d'ailleurs exigée par la LDCC ou par d'autres lois. Ces documents sont de nature commerciale et la saisie possible d'éléments de nature personnelle ne saurait, à elle seule, influencer le caractère raisonnable des pouvoirs conférés par la LDCC. Cette loi n'autorise pas la saisie de documents de nature personnelle et, dans l'éventualité où de tels documents seraient saisis, il serait toujours possible de s'adresser aux tribunaux pour exiger un redressement approprié. Enfin, les attentes des employeurs en matière de vie privée sont également réduites du fait que les pouvoirs d'inspection s'exercent au lieu de travail des salariés, sans compter que le droit d'accès conféré par la LDCC est relativement limité.

La norme du caractère raisonnable est plus souple en matière de réglementation d'un secteur de l'industrie qu'en matière criminelle. Puisque la LDCC est une loi de nature réglementaire prévoyant des inspections administratives dans un secteur réglementé de l'industrie, les critères de l'arrêt *Hunter*, exigeant un système d'autorisations préalables basées sur l'existence de motifs raisonnables et probables, ne s'appliquent pas. Les inspections administratives prévoyant la visite des lieux sans autorisation préalable ne sont pas abusives dans le contexte de la LDCC. La visite des lieux doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation et est logiquement liée à l'objet principal de cette loi. De plus, la LDCC circonscrit de manière importante le déroulement de l'inspection. La visite doit être faite à une heure raisonnable et s'effectue au lieu de travail des salariés. Les inspecteurs ne peuvent s'adonner librement à la perquisition des lieux. L'accès au lieu de travail est permis

certain documents and obtain information from the employer and employees. Nor does the *ACAD* permit inspectors to use force to gain access to the workplace. In the event of a refusal by the employer, the inspectors can only lay charges for obstruction of an inspection. With respect to visits to a workplace for administrative purposes, the powers conferred by the disputed provision imply only a minimum and very circumscribed intrusion in a context in which employers have a lower expectation of privacy. It is of the very nature of an administrative inspection in a regulated industry that it takes place when there are no reasonable grounds to believe that a particular offence has been committed. Finally, the rule in U.S. jurisprudence requiring that a warrant be obtained before undertaking an administrative inspection, a rule which has now been abandoned in practice, is not desirable here.

Furthermore, an inspection resulting from a complaint made by an employee is insufficient in itself to justify inspectors being subject to the requirements of *Hunter*. There is an important distinction between having reasonable and probable grounds to believe that an offence was committed and simply having an information. An inspection will often be necessary before it is even possible to establish the existence of reasonable grounds to believe that a breach of the law has occurred. This is the position mandated by the fact that the *ACAD* covers only a regulated industrial sector. Finally, a complaint such as the one filed here which is proved valid once the inspection is completed leads not to a penal proceeding but to a civil claim for wages. Civil actions are clearly not contemplated in *Hunter*.

Reasonable and probable grounds to believe that the "inspected" employer is in fact covered by the decree are not essential to the constitutional validity of the second paragraph of s. 22(e). Even if the powers conferred by that paragraph may potentially be exercised against all employers and not merely those subject to a decree, these powers are not unreasonable. All employers, as well as all employees, come within the ambit of the *ACAD*, because it is the nature of the work done by an employee and not the employer's type of business which matters in determining whether they are subject to the application of the decrees. In view of the particular scheme of the *ACAD*, inspectors must have the means of determining whether a given employer is in fact subject to a decree. Such a determination is sometimes difficult without prior inspection given the technical nature of the provisions for the application of

dans l'unique but de consulter certains documents et d'obtenir des renseignements auprès de l'employeur et des salariés. La *LDCC* ne permet pas non plus aux inspecteurs d'utiliser la force pour accéder au lieu de travail. En cas de refus par l'employeur, les inspecteurs ne peuvent qu'intenter une poursuite pour entrave à l'inspection. En matière de visite des lieux de travail à des fins administratives, les pouvoirs prévus dans la disposition contestée ne comportent donc qu'une intrusion minimale et bien délimitée dans un contexte où l'attente des employeurs en matière de vie privée est réduite. Il est de la nature même de l'inspection administrative dans une industrie réglementée qu'elle ait lieu alors qu'il n'existe pas de motifs raisonnables de croire qu'une infraction particulière a été commise. Enfin, la règle qui, dans la jurisprudence américaine, exige l'obtention d'un mandat avant de procéder à une inspection administrative, aujourd'hui pratiquement abandonnée, n'est pas souhaitable ici.

Par ailleurs, une inspection motivée par une plainte d'un employé est en soi insuffisante pour justifier que les inspecteurs soient soumis aux critères de l'arrêt *Hunter*. Il existe en effet une distinction importante entre avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et posséder une simple information. Une inspection sera souvent nécessaire avant même qu'on puisse justifier l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. C'est la position que commande le fait que la *LDCC* ne vise qu'un secteur réglementé de l'industrie. Enfin, une plainte comme celle formulée en l'espèce qui s'avère fondée une fois l'inspection complétée donne lieu non pas à un recours pénal mais à un recours civil en réclamation de salaire. Or les recours civils ne sont manifestement pas envisagés dans l'arrêt *Hunter*.

Un motif raisonnable et probable de croire que l'employeur «inspecté» est de fait visé par le décret n'est pas essentiel à la validité constitutionnelle du deuxième alinéa du par. 22e). Même si les pouvoirs prévus à cet alinéa peuvent être potentiellement exercés à l'encontre de tous les employeurs et non uniquement des employeurs assujettis à un décret, ces pouvoirs ne sont pas abusifs. Tous les employeurs de même que tous les salariés entrent dans le champ d'application de la *LDCC* parce que c'est la nature du travail exécuté par un employé, et non le genre d'entreprise d'un employeur, qui importe lorsqu'il s'agit de déterminer l'assujettissement à l'application des décrets. Vu les rouages particuliers de la *LDCC*, les inspecteurs doivent disposer des moyens de vérifier si un employeur donné est bel et bien assujetti à un décret. Une telle détermination est parfois difficile sans inspection préalable compte tenu du caractère tech-

decrees. In addition, it should be assumed that, because of their particular expertise on a parity committee, inspectors will, in most cases, conduct inspections at the premises of employers which they suspect are subject to a decree. In this way, not only will abuses be avoided but infringements of reasonable expectations of privacy will be minimal.

The analytical approach and the tests developed in relation to s. 8 of the Canadian *Charter* apply equally to s. 24.1 of the Quebec *Charter*. According to this analysis, the second paragraph of s. 22(e) does not infringe s. 24.1.

The request for the production of documents provided for in the fourth paragraph of s. 22(e) constitutes a "seizure" within the meaning of s. 24.1 of the Quebec *Charter*, but this seizure is reasonable and does not infringe s. 24.1. The fourth paragraph places adequate limits on the documents of which the inspectors have the power to request consultation or production.

Cases Cited

By La Forest J.

Distinguished: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; **referred to:** *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C.*, [1986] 2 S.C.R. 327.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, aff'g (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, rev'g (1982), 136 D.L.R. (3d) 133; **referred to:** *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Ontario Chrysler (1977) Ltd. v. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 148; *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558; *Comité paritaire de l'industrie du meuble v. Métal par Dimension Ltée*, [1989] R.J.Q. 1442; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1

nique des modalités d'application des décrets. En outre, on doit présumer que les inspecteurs, en raison de leur expertise particulière au sein d'un comité paritaire, conduiront, dans la majorité des cas, des inspections chez les employeurs dont ils soupçonnent l'assujettissement à un décret. De cette manière, non seulement les abus seront-ils prévenus, mais les atteintes aux attentes raisonnables en matière de vie privée seront minimales.

La méthode d'analyse et les critères élaborés relativement à l'art. 8 de la *Charte* canadienne s'appliquent tout aussi bien à l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise. En conséquence, selon cette analyse, le deuxième alinéa du par. 22e) ne viole pas l'art. 24.1.

La demande de production de documents prévue au quatrième alinéa du par. 22e) constitue une «saisie» au sens de l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise, mais cette saisie est raisonnable et ne viole pas l'art. 24.1. Le quatrième alinéa circonscrit suffisamment les documents dont les inspecteurs ont le pouvoir d'exiger la consultation ou d'ordonner la production.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec l'arrêt: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; **arrêts mentionnés:** *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. C.T.C.U.M.*, [1986] 2 R.C.S. 327.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec l'arrêt: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, conf. (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, inf. (1982), 136 D.L.R. (3d) 133; **arrêts mentionnés:** *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Ontario Chrysler (1977) Ltd. c. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 148; *Johnson c. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558; *Comité paritaire de l'industrie du meuble c. Métal par Dimension Ltée*, [1989] R.J.Q. 1442; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621;

S.C.R. 1257; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 617; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 20 D.L.R. (4th) 156; *R. v. Quesnel* (1985), 24 C.C.C. (3d) 78, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiii; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291; *Chabot v. Manitoba Horse Racing Commission*, [1987] 1 W.W.R. 149, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xi; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261; *R. v. J.M.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 455, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. ix; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Camara v. Municipal Court of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967); *See v. City of Seattle*, 387 U.S. 541 (1967); *Colonnade Catering Corp. v. United States*, 397 U.S. 72 (1970); *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972); *Marshall v. Barlow's Inc.*, 436 U.S. 307 (1978); *Donovan v. Dewey*, 452 U.S. 594 (1981); *New York v. Burger*, 482 U.S. 691 (1987); *Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C.*, [1986] 2 S.C.R. 327; *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.*, [1944] S.C.R. 213; *Laiterie Perrette Ltée v. Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district*, [1988] R.J.Q. 76; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790.

R. c. Ladouceur, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 617; *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 20 D.L.R. (4th) 156; *R. c. Quesnel* (1985), 24 C.C.C. (3d) 78, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291; *Chabot c. Manitoba Horse Racing Commission*, [1987] 1 W.W.R. 149, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xi; *R. c. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261; *R. c. J.M.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 455, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. ix; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Camara c. Municipal Court of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967); *See c. City of Seattle*, 387 U.S. 541 (1967); *Colonnade Catering Corp. c. United States*, 397 U.S. 72 (1970); *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972); *Marshall c. Barlow's Inc.*, 436 U.S. 307 (1978); *Donovan c. Dewey*, 452 U.S. 594 (1981); *New York c. Burger*, 482 U.S. 691 (1987); *Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. C.T.C.U.M.*, [1986] 2 R.C.S. 327; *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District c. Dominion Blank Book Co.*, [1944] R.C.S. 213; *Laiterie Perrette Ltée c. Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district*, [1988] R.J.Q. 76; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2, ss. 1(f), (g), 2, 11, 14, 16, 22(a) [am. 1984, c. 45, s. 15], 22(e) [idem; am. 1986, c. 95, s. 128], 24, 33 [am. 1984, c. 45, s. 24].

Act respecting Labour Standards, R.S.Q., c. N-1.1.

Act respecting Occupational Health and Safety, R.S.Q., c. S-2.1.

Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 34 [am. 1983, c. 43, s. 7; idem c. 49, s. 40; am. 1991, c. 67, s. 575].

Act to amend Various Legislation respecting Labour Relations, S.Q. 1984, c. 45, s. 35.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 33.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 33.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 8, 24.1 [aj. 1982, ch. 61, art. 7].

Code de procédure pénale, L.R.Q., ch. C-25.1, art. 95 et suiv.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27.

Constitution des États-Unis, Quatrième amendement.

Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons, R.R.Q. 1981, ch. D-2, r. 11, art. 1.01 [rempl. (1984) 116 G.O. II 1562, art. 1], 1.02, 6.01 [mod. idem, art. 4].

Décret sur l'industrie de la confection pour dames, R.R.Q. 1981, ch. D-2, r. 26, art. 2.02 [rempl. (1989)

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 8, 24.1 [en. 1982, c. 61, s. 7].

Code of Penal Procedure, R.S.Q., c. C-25.1, ss. 95 et seq.

Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 11, ss. 1.01 [repl. (1984) 116 O.G. II 1334, s. 1], 1.02, 6.01 [am. *idem*, s. 4].

Decree respecting the Women's Clothing Industry, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 26, ss. 2.02 [repl. (1989) 121 O.G. II 2329, s. 2; am. (1992) 124 O.G. II 4634, s. 3], 2.04 [am. (1989) 121 O.G. II 2329, s. 3; am. (1992) 124 O.G. II 4634, s. 5].

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 230.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27.

Regulation respecting a Registration System or the Keeping of a Register, R.R.Q. 1981, c. N-1.1, r. 6, s. 1.

Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15 [repl. 1987, c. 96, s. 374], s. 8.

Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 58 [am. 1991, c. 49, s. 227].

United States Constitution, Fourth Amendment.

121 G.O. II 3105, art. 2; mod. (1992) 124 G.O. II 6249, art. 3], 2.04 [mod. (1989) 121 G.O. II 3105, art. 3; mod. (1992) 124 G.O. II 6249, art. 5].

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 230.

Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière de relations du travail, L.Q. 1984, ch. 45, art. 35.

Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 58 [mod. 1990, ch. 40, art. 36; mod. 1991, ch. 49, art. 227].

Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., ch. S-2.1.

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 34 [mod. 1983, ch. 43, art. 7; *idem* ch. 49, art. 40; mod. 1991, ch. 67, art. 575].

Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 1f), g), 2, 11, 14, 16, 22a) [mod. 1984, ch. 45, art. 15], 22e) [*idem*; mod. 1986, ch. 95, art. 128], 24, 33 [mod. 1984, ch. 45, art. 24].

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1.

Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15 [rempl. 1987, ch. 96, art. 374], art. 8.

Règlement sur la tenue d'un système d'enregistrement ou d'un registre, R.R.Q. 1981, ch. N-1.1, r. 6, art. 1.

Authors Cited

Angers, Lucie. "À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain" (1986), 27 *C. de D.* 723.

Maybank, Robert C. "Constitutional requirements for administrative warrants in Canada and the United States: Opposite trends?" (1989), 39 *U.T.L.J.* 55.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1992] R.J.Q. 1743, 75 C.C.C. (3d) 367, 49 Q.A.C. 81, 10 C.R.R. (2d) 335, reversing a judgment of the Superior Court, [1989] R.J.Q. 1575, affirming a judgment of the Court of Québec, J.E. 89-227, D.T.E. 89T-80, declaring the respondents guilty of offences under s. 33 of the *Act respecting Collective Agreement Decrees*. Appeal allowed.

Michelle LeFrançois, for the appellant the Comité paritaire de l'industrie de la chemise.

Monique Rousseau and Gilles Laporte, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Doctrine citée

Angers, Lucie. «À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain» (1986), 27 *C. de D.* 723.

Maybank, Robert C. «Constitutional requirements for administrative warrants in Canada and the United States: Opposite trends?» (1989), 39 *U.T.L.J.* 55.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1992] R.J.Q. 1743, 75 C.C.C. (3d) 367, 49 Q.A.C. 81, 10 C.R.R. (2d) 335, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 1575, qui avait confirmé un jugement de la Cour du Québec, J.E. 89-227, D.T.E. 89T-80, déclarant les intimés coupables d'infractions en vertu de l'art. 33 de la *Loi sur les décrets de convention collective*. Pourvoi accueilli.

Michelle LeFrançois, pour l'appellant le Comité paritaire de l'industrie de la chemise.

Monique Rousseau et Gilles Laporte, pour l'appellant le procureur général du Québec.

Jean Dagenais, Avrum P. Orenstein and Susan Orenstein Little, for the respondents.

Jean Dagenais, Avrum P. Orenstein et Susan Orenstein Little, pour les intimés.

Leah Price, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Leah Price, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

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

François Beauvais and Diane Fortier, for the intervener the Association des comités paritaires du Québec Inc.

François Beauvais et Diane Fortier, pour l'intervenante l'Association des comités paritaires du Québec Inc.

English version of the judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. delivered by

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci a été rendu par

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague L'Heureux-Dubé J. and find it unnecessary to repeat the facts and judicial history. Although I would dispose of the appeal in the manner she proposes, I consider it advisable to write my own reasons.

LE JUGE LA FOREST — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et je ne crois pas nécessaire de reprendre l'exposé des faits et l'historique des procédures judiciaires. Bien que je sois d'avis de disposer du pourvoi comme elle le propose, j'ai cru opportun de rédiger mes propres motifs.

The appeal in this Court is limited to the validity of the second paragraph of s. 22(e) of the *Act respecting Collective Agreement Decrees*, R.S.Q., c. D-2 (hereinafter the "Act"), in light of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 24.1 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. The following analysis, though based on s. 8 of the *Canadian Charter*, also applies to s. 24.1 of the *Quebec Charter*. The second paragraph of s. 22(e) of the Act provides:

L'appel devant nous s'est limité à la validité du deuxième alinéa du par. 22e) de la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., ch. D-2 (ci-après la «Loi»), à la lumière de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'art. 24.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. L'analyse suivante, bien que fondée sur l'art. 8 de la *Charte canadienne*, s'applique également à l'art. 24.1 de la *Charte québécoise*. Le deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi prévoit:

The general manager, the secretary and any inspector may, as of right and at any reasonable time, examine the registration system, the compulsory register and the pay-list of any employer, take copies or extracts therefrom, verify as regards any employer and any employee the rate of wage, duration of work, apprenticeship system and observance of the other provisions of the decree; require, even under oath and privately, from any employer or employee, even at the place of work, all information deemed necessary, and, such information

Le directeur général, le secrétaire et tout inspecteur peuvent de droit et à toute heure raisonnable examiner le système d'enregistrement, le registre obligatoire et la liste de paye de tout employeur, en prendre des copies ou extraits, vérifier auprès de tout employeur et de tout salarié le taux du salaire, la durée du travail, le régime d'apprentissage et l'observance des autres dispositions du décret, requérir même sous serment et privément de tout employeur ou de tout salarié, et même au lieu du travail, les renseignements jugés nécessaires, et, tels ren-

having been written down, exact the signature of the person concerned;

These powers of inspection, the exercise of which presupposes a visit to the premises, entail the consultation and copying of specific documents (the registration system, compulsory register and pay-list), the verification of certain working conditions (wage rate, duration of work, apprenticeship system, and so on) and the collecting of information. The issue is whether these powers are contemplated by s. 8 of the *Charter*, and, if so, whether they are reasonable having regard to any expectations of privacy the respondents may have.

Are the Powers of Inspection Contemplated by Section 8 of the *Charter*?

The question whether the power to make copies of documents specifically mentioned in the provision comes within the ambit of s. 8 of the *Charter* can be disposed of at once. In light of the definition I gave in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, and restated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, it is clear that the second paragraph of s. 22(e) of the Act authorizes a "seizure". This power is analogous to that of requiring documents to be produced, which this Court has so characterized, in particular in *Thomson Newspapers, supra*, and *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

The characterization of the other inspection powers set out in the second paragraph of s. 22(e) of the Act is somewhat more subtle. The term "*perquisition*" referred to in the French version of s. 8 of the *Charter* — "search" in the English version — is at least in its ordinary sense reserved for investigations of a criminal nature. Lucie Angers, in "À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain" (1986), 27 *C. de D.* 723, distinguishes an inspection from a search as follows (at pp. 727-28):

seignements étant consignés par écrit, exiger la signature de l'intéressé;

Ces pouvoirs d'inspection, dont l'exercice suppose la visite des lieux, prévoient la consultation et la copie de documents spécifiques (système d'enregistrement, registre obligatoire et liste de paye), la vérification de certaines conditions de travail (taux de salaire, durée du travail, régime d'apprentissage, etc.) et la quête de renseignements. Il s'agit de déterminer si ces pouvoirs sont visés par l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'ils sont raisonnables en regard des attentes que peuvent entretenir les intimés en matière de vie privée.

Les pouvoirs d'inspection sont-ils visés par l'art. 8 de la *Charte*?

On peut immédiatement disposer de la question de savoir si le pouvoir de tirer copie des documents spécifiquement mentionnés dans la disposition est visé par l'art. 8 de la *Charte*. À la lumière de la définition que j'ai donnée dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, puis reprise dans les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, il est manifeste que le deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi autorise une «saisie». Ce pouvoir est analogue à celui d'exiger la production de documents, que notre Cour a qualifié ainsi, notamment dans les arrêts *Thomson Newspapers*, précité, et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

Les autres pouvoirs d'inspection énoncés au deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi sont de qualification plus délicate. Le vocable «*perquisition*» auquel réfère l'art. 8 de la *Charte* — «*search*» dans la version anglaise — est réservé, du moins dans son acception classique, aux enquêtes de nature criminelle. M^e Lucie Angers, «À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain» (1986), 27 *C. de D.* 723, distingue ainsi l'inspection de la *perquisition* (aux pp. 727 et 728):

[TRANSLATION] An inspection is characterized by a visit to determine whether there is compliance with a given statute. The basic intent is not to uncover a breach of the Act: the purpose is rather to protect the public. On the other hand, if the inspector enters the establishment because he has reasonable grounds to believe that there has been a breach of the Act, this is no longer an inspection but a search, as the intent is then essentially to see if those reasonable grounds are justified and to seize anything which may serve as proof of the offence.

The visit to the premises, which is the foundation of the other powers set out in the second paragraph of s. 22(e) of the Act, is not fortuitous. The legislature itself has recognized its importance, by enacting a separate paragraph for the production of documents. The evidence shows that in the vast majority of cases the inspectors prefer to visit employers and employees rather than require the production of documents, and for good reason. It is by visiting the premises that the parity committees can realistically carry out the mandate they are given by the Act — administering the decrees — by checking the nature of the work done and by obtaining information from those concerned as to whether working conditions are being observed. While the inspectors do not have the option of “searching”, they can nevertheless examine the work environment and direct the inspection accordingly. From this standpoint, inspections and searches have a common basis: an active quest for the truth.

Section 8 of the *Charter*, which guarantees protection against unreasonable search and seizure, must be construed to carry out its purpose. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court noted that the purpose of s. 8 was to protect the individual’s reasonable expectations of privacy from unjustified state intrusion. Despite its less invasive nature, inspection is unquestionably an “intrusion”. An arbitrary demarcation line drawn according to the degree of the intrusion, for purposes of determining whether the powers authorizing the state’s actions are within the scope of the constitutional guarantee, is not desirable at this stage. It would be a matter of concern if the constitutional validity of an intrusion of the kind at issue

L’inspection se caractérise par une visite effectuée dans le but de vérifier si une loi donnée est respectée. L’intention fondamentale n’est pas de découvrir une infraction à la loi; elle s’accomplit plutôt dans un objectif de protection du public. Par contre, si l’inspecteur entre dans l’établissement parce qu’il a des motifs raisonnables de croire à une violation de la loi, il ne s’agit plus d’une inspection mais d’une perquisition. Car l’intention fondamentale est alors justement la vérification du bien-fondé de ces motifs raisonnables et la saisie d’éléments pouvant servir de preuve à l’infraction.

La visite des lieux, qui constitue l’assise des autres pouvoirs énoncés au deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi, n’est pas fortuite. Le législateur a lui-même reconnu son importance, en énonçant un alinéa distinct pour la production de documents. La preuve révèle que les inspecteurs préfèrent, dans la grande majorité des cas, rendre visite aux employeurs et aux salariés plutôt que d’exiger la production de documents, et pour cause. C’est au moyen de la visite des lieux que les comités paritaires peuvent réalistement s’acquitter du mandat qui leur échoit en vertu de la Loi — surveiller l’observance des décrets — en vérifiant la nature du travail accompli et en s’informant auprès des intéressés du respect des conditions d’emploi. Si les inspecteurs n’ont pas la faculté de «perquisitionner», ils peuvent néanmoins examiner l’environnement de travail et orienter l’inspection en conséquence. Dans cette perspective, l’inspection et la perquisition partagent un fondement commun: une recherche active de la vérité.

L’article 8 de la *Charte*, qui garantit la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, doit être interprété de telle sorte que son objet soit satisfait. Dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour a fait valoir que l’art. 8 visait à protéger les attentes raisonnables des particuliers en matière de vie privée à l’encontre des intrusions injustifiées de l’État. Malgré son caractère moins envahissant, l’inspection est sans conteste une «intrusion». Or, une ligne de démarcation arbitraire tracée selon l’intensité de l’intrusion, aux fins de déterminer si les pouvoirs dont l’État s’autorise entrent dans le champ d’application de la garantie constitutionnelle, n’est pas souhaitable à cette étape. Il m’app-

in this appeal were to be placed beyond the reach of judicial review. In the circumstances, I am of the view that the inspection powers set out in the second paragraph of s. 22(e) of the Act may be assimilated to a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Naturally, the scope of the constitutional guarantee may vary depending on whether a search or an inspection is involved. That is what I now propose to consider.

Are the Powers of Inspection Reasonable?

On the issue of determining the reasonableness of the powers of inspection, the respondents simply disputed the application of the second paragraph of s. 22(e) of the Act to all employers, conceding their validity with respect to professional employers or employers that inspectors have reasonable grounds to believe are subject to a decree. That is in essence what the Court of Appeal decided: [1992] R.J.Q. 1743, 75 C.C.C. (3d) 367, 49 Q.A.C. 81, 10 C.R.R. (2d) 335. The appellants and the interveners, however, raised the more general issue of the legality of powers of inspection without prior authorization in light of s. 8 of the *Charter*. Although this Court has never expressly decided the point, I referred to it in *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 506-7:

In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations. In many cases, this regulation must necessarily involve the inspection of private premises or documents by agents of the state. The restaurateur's compliance with public health regulations, the employer's compliance with employment standards and safety legislation, and the developer's or homeowner's compliance with building codes or zoning regulations, can only be tested by inspection, and perhaps unannounced inspection, of their premises. Similarly, compliance with minimum wage, employment equity and human rights

paraîtrait inquiétant, en effet, de soustraire à l'examen judiciaire la validité constitutionnelle d'une intrusion de la nature de celle qui fait l'objet du présent pourvoi. Dans les circonstances, je suis d'avis que les pouvoirs d'inspection énoncés au deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi sont assimilables à une perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Bien sûr, la portée de la garantie constitutionnelle pourra varier selon qu'il s'agit d'une perquisition ou d'une inspection. C'est ce que je me propose maintenant d'examiner.

Les pouvoirs d'inspection sont-ils raisonnables?

Au chapitre de la détermination du caractère raisonnable des pouvoirs d'inspection, les intimés ont simplement contesté la portée du deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi à l'égard de tous les employeurs, concédant leur validité à l'égard des employeurs professionnels ou des employeurs dont les inspecteurs ont des motifs raisonnables de croire qu'ils sont assujettis à un décret. C'est là l'essence de la décision de la Cour d'appel: [1992] R.J.Q. 1743, 75 C.C.C. (3d) 367, 49 Q.A.C. 81, 10 C.R.R. (2d) 335. Les appelants et les intervenants ont toutefois soulevé la question plus générale de la légalité des pouvoirs d'inspection sans autorisation préalable à la lumière de l'art. 8 de la *Charte*. Bien que notre Cour n'ait jamais explicitement tranché cette question, j'y ai fait allusion dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 506 et 507:

Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs. Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'im-

legislation can often only be assessed by inspection of the employer's files and records. [Emphasis added.]

The federal and provincial legislatures have, in a number of statutes, included powers of inspection similar to those whose validity is challenged by the respondents in the present case. These statutes deal with areas as diverse as health, safety, the environment, taxation and labour. The common thread is found in their underlying purpose: harmonizing social relations by requiring observance of standards reflecting the sometimes delicate balance between individual rights and the interests of society. Inspection — or the threat of it — especially if it is done without notice, is a practical means of encouraging such observance. The *Act respecting Collective Agreement Decrees* takes this approach. Its underlying purpose is to ensure decent working conditions in certain sectors of industry (textiles, clothing, shoes, furniture, and so on) where employees are among the most vulnerable. The need to include powers of inspection in the Act is readily understandable, especially since compliance with the standards imposed by the decrees depends first and foremost on employer honesty. The statistics indicate the routine, not to say widespread, use of such powers: in 1991, 105 inspectors, responsible for enforcing some thirty decrees covering over 140,000 employees and 16,000 employers, carried out over 53,000 inspections.

While the importance of the purpose and need of the powers of inspection cannot be doubted, they must still be balanced against the individual's expectations of privacy. I note in passing that the wording of s. 8 of the *Charter* does not prohibit inspections without prior authorization. It simply imposes a requirement of "reasonableness". Consequently, since the Fourth Amendment to the United States Constitution expressly contemplates use of a warrant, the rules developed by the American courts should be applied with caution.

provisé. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur. [Je souligne.]

Les législateurs fédéral et provinciaux ont assorti de nombreuses lois de pouvoirs d'inspection analogues à ceux dont les intimés contestent la validité en l'espèce. Ces lois touchent des domaines aussi divers que la santé, la sécurité, l'environnement, la fiscalité et le travail. Le fil conducteur se retrouve dans leur objectif fondamental: harmoniser les rapports sociaux en imposant le respect de normes qui traduisent un équilibre parfois fragile entre les droits individuels et les intérêts de la société. L'inspection — ou son spectre — surtout si elle est pratiquée à l'improviste, constitue un moyen pragmatique d'inciter à leur respect. La *Loi sur les décrets de convention collective* s'inscrit dans cette optique. Elle a pour objectif fondamental d'assurer des conditions de travail décentes dans certains secteurs de l'industrie où les salariés comptent parmi les plus vulnérables (textile, vêtement, chaussure, meuble, etc.). On saisit immédiatement la nécessité de l'assortir de pouvoirs d'inspection, d'autant plus que le respect des normes imposées par les décrets repose d'abord et avant tout sur l'honnêteté des employeurs. Les statistiques sont révélatrices de l'utilisation routinière, pour ne pas dire massive, de tels pouvoirs: en 1991, 105 inspecteurs chargés de l'application d'une trentaine de décrets couvrant plus de 140 000 salariés et 16 000 employeurs ont procédé à plus de 53 000 inspections.

Si l'importance de l'objectif et la nécessité des pouvoirs d'inspection ne font aucun doute, ceux-ci doivent néanmoins être balancés avec les attentes des particuliers en matière de vie privée. Je souligne en passant que le libellé de l'art. 8 de la *Charte* n'interdit pas l'inspection sans autorisation préalable. Il pose simplement un critère de «raisonnabilité». C'est donc avec circonspection qu'on doit s'inspirer des principes dégagés par la jurisprudence américaine, puisque le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis envisage expressément le recours à un mandat.

This Court has pointed out on several occasions that the scope of a constitutional guarantee, like the balancing of the collective and individual rights underlying it, varies with the context. In Quebec, as everywhere else in the country, employers are subject to strict regulations governing taxation, social affairs, health, safety and labour standards: see in particular the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.); the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31; the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1; the *Act respecting Occupational Health and Safety*, R.S.Q., c. S-2.1; the *Act respecting Labour Standards*, R.S.Q., c. N-1.1; the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, as well as the numerous regulations adopted thereunder. The *Act respecting Collective Agreement Decrees* falls into the last category. Through a mechanism extending collective agreements, it provides for the imposition of previously negotiated working conditions on a given industry. For example, the *Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry*, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 11, which the appellant parity committee is responsible for enforcing, requires employers subject to it to observe conditions regarding the normal work week, rest periods, overtime, wages, seniority, social security, annual leave, holidays, absences, individual contracts and work at home or by the piece.

In a context in which their occupations are extensively regulated by the state, the reasonable expectations of privacy employers may have with respect to documents whose content is specifically provided for by the Act, or the premises where an activity subject to specific standards is conducted, are considerably lower. I made this point in *Thomson Newspapers*, *supra*, where I wrote (at p. 507):

It follows that there can only be a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. In a society in which the need for

Notre Cour a fait valoir à plusieurs reprises que la portée d'une garantie constitutionnelle, tout comme l'équilibre des droits collectifs et individuels qui la sous-tend, variait en fonction du contexte. Au Québec, comme partout ailleurs au pays, les employeurs sont assujettis à une réglementation rigoureuse en matières fiscale, sociale, de santé, de sécurité et de normes du travail; voir, notamment, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.); la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31; la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1; la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1; la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1; le *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, de même que les nombreux règlements adoptés sous leur autorité. La *Loi sur les décrets de convention collective* participe de la dernière catégorie. Elle prévoit, par un mécanisme d'extension des conventions collectives, l'imposition à une industrie donnée de conditions de travail préalablement négociées. Par exemple, le *Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons*, R.R.Q. 1981, ch. D-2, r. 11, dont le Comité paritaire appelant est chargé de l'application, impose aux employeurs qui y sont assujettis le respect de conditions relatives à la semaine normale de travail, aux périodes de repos, aux heures supplémentaires, au salaire, à la reconnaissance de l'expérience, à la sécurité sociale, aux congés annuels, aux jours fériés, aux absences, aux contrats individuels, de même qu'au travail à domicile et à la pièce.

Dans un contexte où leurs occupations sont largement réglementées par l'État, les attentes raisonnables que les employeurs peuvent entretenir en matière de vie privée, à l'égard de documents dont la tenue est spécifiquement envisagée par la loi ou de lieux où s'exerce une activité assujettie à des normes particulières, sont considérablement réduites. J'ai fait valoir ce point dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, où j'écrivais (à la p. 507):

Il s'ensuit que les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État. Dans une

effective regulation of certain spheres of private activity is recognized and acted upon, state inspection of premises and documents is a routine and expected feature of participation in such activity.

It is thus impossible, without further qualification, to apply the strict guarantees set out in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, which were developed in a very different context. The underlying purpose of inspection is to ensure that a regulatory statute is being complied with. It is often accompanied by an information aspect designed to promote the interests of those on whose behalf the statute was enacted. The exercise of powers of inspection does not carry with it the stigmas normally associated with criminal investigations and their consequences are less draconian. While regulatory statutes incidentally provide for offences, they are enacted primarily to encourage compliance. It may be that in the course of inspections those responsible for enforcing a statute will uncover facts that point to a violation, but this possibility does not alter the underlying purpose behind the exercise of the powers of inspection. The same is true when the enforcement is prompted by a complaint. Such a situation is obviously at variance with the routine nature of an inspection. However, a complaint system is often provided for by the legislature itself as it is a practical means not only of checking whether contraventions of the legislation have occurred but also of deterring them.

The inspection powers set out in the second paragraph of s. 22(e) of the Act enable the parity committees to monitor compliance by employers with the various decrees and observance of the working conditions they impose. The scope of the regulatory offences enacted in the Act is limited; the corresponding penalties, exclusively in the form of fines, are very modest. When an inspection reveals a breach of a decree, it generally leads to a civil action to claim wages, brought by the parity committee on behalf of the aggrieved employee pursuant to s. 22(a) of the Act. It is significant that such remedy, which lies at the core of the system set up

société où l'on reconnaît le besoin de réglementer efficacement certains domaines d'activités privées et où l'on y donne suite, l'inspection de lieux et de documents par l'État est un aspect routinier auquel les particuliers s'attendent en exerçant cette activité.

On ne saurait donc appliquer, sans autre qualification, les garanties strictes énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, qui ont été élaborées dans un contexte fort différent. L'inspection a pour objectif fondamental la vérification du respect d'une loi réglementaire; elle s'accompagne souvent d'une dimension informative destinée à promouvoir les intérêts des personnes en faveur desquelles la loi a été édictée. L'exercice des pouvoirs d'inspection n'entraîne pas les stigmates qui sont normalement associés aux enquêtes de nature criminelle et leurs conséquences sont moins draconiennes. Si les lois réglementaires sont accessoirement assorties d'infractions, elles sont principalement édictées dans le but d'en inciter le respect. Il se peut que dans le cadre de leur inspection, les personnes chargées de l'application d'une loi découvrent des indices qui en laissent soupçonner la violation. Mais cette éventualité n'altère pas l'intention fondamentale qui anime l'exercice des pouvoirs d'inspection. Il en est ainsi lorsque leur mise en œuvre est motivée par une plainte. Une telle hypothèse détonne certes avec l'aspect routinier qui caractérise l'inspection. Toutefois, un système de plaintes est souvent envisagé par le législateur lui-même, car il constitue un moyen pragmatique non seulement de vérifier les manquements à la loi, mais également d'en dissuader la survenance.

Les pouvoirs d'inspection énoncés au deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi permettent aux comités paritaires de surveiller l'assujettissement des employeurs aux différents décrets et l'observance des conditions de travail qu'ils imposent. La portée des infractions réglementaires édictées dans la Loi est limitée; les sanctions correspondantes, exclusivement sous forme d'amendes, sont fort modestes. Lorsque l'inspection décèle un manquement à un décret, elle conduit généralement à une poursuite civile en réclamation de salaire, qu'exerce le comité paritaire au nom du salarié lésé conformément au par. 22a) de la Loi. Il est

by the legislature, appears in the same provision as the inspection powers. Wages are unquestionably the most important condition for workers covered by the decrees. In 1991, inspectors recovered over \$2,400,000 in wages through the use of the powers set out in s. 22 of the Act. It is clear that the Court did not have such enforcement measures in mind when it postulated the system of prior authorization in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. Furthermore, parity committees are specifically required in the course of their duties to consider complaints submitted to them by an employer or an employee, and no evidence is allowed to show that an action or prosecution was brought as a result. For 1991 alone there were 9,357 inspections resulting from complaints by employees. It would be undesirable to limit the use of the powers of inspection when they follow a complaint, as they are all the more necessary in such cases.

In view of the important purpose of regulatory legislation, the need for powers of inspection, and the lower expectations of privacy, a proper balance between the interests of society and the rights of individuals does not require, in addition to the legislative authority, a system of prior authorization. Of course the particular limits placed on the inspection scheme must, so far as possible, protect the right to privacy of the individuals affected. In this regard the respondents objected to the scope of the second paragraph of s. 22(e) of the Act, which makes all employers subject to the inspection powers. They argued that the latter should only be exercised where there are reasonable grounds to believe that the employers are subject to a decree. This argument, which is the crux of the dispute between the parties, must be rejected.

The Act applies to all employers. Its purpose in distinguishing "employers" from "professional employers", namely those who usually have employees in their employ for any kind of work which is the subject of a decree, is solely to impose

d'ailleurs significatif qu'un tel recours, au cœur du régime envisagé par le législateur, soit énoncé dans la même disposition que les pouvoirs d'inspection. Le salaire est sans contredit la condition la plus importante pour les travailleurs visés par les décrets. En 1991, les inspecteurs ont recouvré, grâce à l'utilisation des pouvoirs énoncés à l'art. 22 de la Loi, plus de 2 400 000 \$ en salaire. Il est manifeste que la Cour n'avait pas à l'esprit de tels recours lorsqu'elle a élaboré le système d'autorisation préalable dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. En outre, les comités paritaires sont spécifiquement tenus, dans l'accomplissement de leur mandat, de considérer les plaintes qui leur sont soumises par un employeur ou un salarié et aucune preuve n'est permise pour établir qu'une action ou une poursuite a été intentée à la suite de ces plaintes. On dénombre, pour la seule année 1991, 9 357 inspections motivées par des plaintes formulées par des salariés. Il ne serait pas souhaitable de limiter l'utilisation des pouvoirs d'inspection lorsqu'ils font suite à une plainte, alors que leur nécessité s'impose davantage.

Compte tenu de l'importance de l'objectif des lois réglementaires, de la nécessité des pouvoirs d'inspection et des attentes réduites en matière de vie privée, l'équilibrage des intérêts sociaux et des droits des particuliers ne commande pas l'imposition d'un système d'autorisation préalable en sus de l'aval législatif. Bien sûr, les balises particulières qui encadrent le régime d'inspection devront protéger, dans la mesure du possible, le droit à la vie privée des individus affectés. À ce chapitre, les intimés s'en prennent à la portée du deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi, qui assujettit tous les employeurs aux pouvoirs d'inspection. Ils plaident que ceux-ci ne devraient s'exercer qu'à l'égard des employeurs dont on a des motifs raisonnables de croire qu'ils sont assujettis à un décret. Cette prétention, qui constitue le nœud du litige entre les parties, doit être rejetée.

La Loi s'applique à tous les employeurs. Si elle distingue les «employeurs» des «employeurs professionnels», soit ceux qui ont habituellement à leur emploi des salariés pour un genre de travail qui fait l'objet d'un décret, c'est dans le seul but

additional duties on the latter — the keeping of various records, submission of a monthly report to the parity committee, joint and several liability with subcontractors for the payment of wages, and so on; but this distinction in no way alters the scope of the decrees, which are binding on all employers within the limits of their respective areas of application. That is why an employer who has one of his employees do work of the kind contemplated in a decree must observe the conditions it imposes: see *Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C.*, [1986] 2 S.C.R. 327. In practice an employer may be subject to several decrees; he may even be subject to a decree in respect of a marginal or indeed exceptional part of his activities. Section 1.02 of the *Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry* makes this quite clear:

1.02. The work contemplated by this Decree includes the work of all persons performing any or many of the operations being part of, related to or connected with the manufacturing or producing of the above described shirts and garments, whether the said operations are defined or not in the present Decree, whether said operations are performed completely or in part by the same employer or by several employers, whether they are performed completely or in part in one or several trade plants, private, industrial, commercial or other establishments.

It is of little consequence whether such operations constitute the principal business of the employer or are accessory or complementary to any other business or enterprise and whether the said shirts and garments are manufactured or produced for the purpose of sale to other consumers or for the exclusive use of the employer. [Emphasis added.]

The appellants and the intervenor, the Association des comités paritaires du Québec Inc., also noted the difficulties associated with determining whether employers are subject to the various decrees, as a result of the technical definition of their scope. The examples cited by my colleague speak for themselves. In the present case the respondents maintained that they were not covered by the *Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry*; but how could the inspectors realistically have determined whether they were covered

d'imposer aux seconds des obligations supplémentaires — tenue de divers documents, transmission d'un rapport mensuel au comité paritaire, solidarité avec les sous-traitants pour le paiement du salaire, etc. Mais cette distinction ne modifie aucunement la portée des décrets, qui lient tous les employeurs, dans les limites de leur champ d'application respectif. C'est pourquoi un employeur qui fait exécuter par un de ses salariés un travail de la nature de celui envisagé dans un décret doit observer les conditions qu'il impose; voir *Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. C.T.C.U.M.*, [1986] 2 R.C.S. 327. En pratique, un employeur pourra être assujéti à plusieurs décrets; il pourra même être assujéti à un décret à l'égard d'une partie marginale, voire exceptionnelle de ses activités. L'article 1.02 du *Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons* exprime parfaitement cette réalité:

1.02. Le travail visé par le présent décret comprend celui de toutes personnes exécutant une ou plusieurs des opérations principales, accessoires ou connexes à la confection et à la production des chemises et des vêtements précités, que ces opérations soient définies ou non, qu'elles soient effectuées, en totalité ou en partie, par le même employeur ou par plusieurs employeurs, dans un ou plusieurs ateliers spécialisés, dans des entreprises particulières, industrielles ou commerciales ou dans tout autre établissement.

Il importe peu que ces opérations constituent le commerce principal de l'employeur ou qu'elles constituent une activité secondaire ou complémentaire de tout autre commerce ou occupation, et que ces articles soient fabriqués aux fins de vente à d'autres consommateurs ou exclusivement pour la propre consommation de l'employeur. [Je souligne.]

Les appelants et l'intervenante, l'Association des comités paritaires du Québec Inc., ont également souligné les difficultés liées à la détermination de l'assujettissement des employeurs aux différents décrets, en raison de la définition technique de leur champ d'application. Les exemples cités par ma collègue sont à ce sujet fort éloquentes. Dans la présente instance, les intimés ont prétendu qu'ils n'étaient pas visés par le *Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons*. Mais comment les inspecteurs auraient-ils pu réaliste-

without an inspection, especially since the evidence indicated that the respondent Sélection Milton was in fact displaying boys' shirts in its windows? If the inspection powers were not applicable to all employers, it would be impossible to verify whether some of them were covered by a given decree or acted in compliance with the conditions it imposes.

The respondents limited their arguments to this aspect of the inspection scheme. However, it is worth looking briefly at the other components. The second paragraph of s. 22(e) of the Act does not specifically identify the place where a visit may be made, except to say that it must be made at a reasonable time. The section simply mentions that the powers may be exercised "even at the place of work" of the employees. Depending on the nature of the industry, it is possible that certain inspections may take place at the home of the employer or of the employees, when it coincides with their workplace. That possibility does not, however, make the inspection powers less reasonable. The employees covered by the decrees are among the most vulnerable and the Act was passed for their protection. What matters, in the end, is that the powers of inspection are sufficiently circumscribed to attain their purpose; here they are so circumscribed by the nature of the persons affected: the employer and employee. It is worth mentioning that the Act does not authorize inspectors to force an entry if the employer refuses to admit them. They can only bring proceedings for obstruction: the recalcitrant employer, like the respondents, will then be ordered to pay a fine.

The second paragraph of s. 22(e) of the Act authorizes the examination and copying of the registration system,⁷ compulsory register and payroll. The keeping of these documents is specifically contemplated by the Act in the case of professional employers. These documents accordingly give rise to limited expectations of privacy. Inspectors are not authorized to make copies of any other documents. The powers to check certain information (wage rate, duration of work and various employment conditions) and to require information deemed necessary seem to me to be essential to the

ment déterminer leur assujettissement, sans inspection, d'autant plus que la preuve indiquait que l'intimée Sélection Milton exposait en vitrine des chemises pour garçons? En l'absence de pouvoirs d'inspection opposables à tous les employeurs, il serait impossible de vérifier, à l'égard de plusieurs d'entre eux, leur assujettissement à un décret donné ou le respect des conditions qu'il impose.

Les intimés ont limité leurs prétentions à cet aspect du régime d'inspection. Il est toutefois utile d'en regarder brièvement les autres composantes. Le deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi n'identifie pas spécifiquement l'endroit où la visite peut être effectuée, si ce n'est qu'elle doit avoir lieu à une heure raisonnable. L'alinéa mentionne simplement que les pouvoirs peuvent être exercés «même au lieu du travail» des salariés. Selon la nature de l'industrie, il est possible que certaines inspections se déroulent au domicile de l'employeur ou des salariés, lorsqu'il coïncide avec leur lieu de travail. Cette éventualité ne diminue cependant pas le caractère raisonnable des pouvoirs d'inspection. Les salariés visés par les décrets comptent parmi les plus vulnérables et la Loi est édictée pour leur protection. Il importe, en définitive, que les pouvoirs d'inspection soient suffisamment circonscrits pour en satisfaire l'objet; ils le sont ici par la nature des personnes visées: l'employeur et le salarié. Il est utile de mentionner que la Loi n'autorise pas les inspecteurs à forcer l'entrée si l'employeur la leur refuse. Ils ne peuvent qu'entreprendre une poursuite pour entrave; l'employeur récalcitrant, à l'instar des intimés, se verra alors condamner à une amende.

Le deuxième alinéa du par. 22e) de la Loi autorise l'examen et la copie du système d'enregistrement, du registre obligatoire et de la liste de paye. Leur tenue est spécifiquement envisagée par la Loi à l'égard des employeurs professionnels. Ces documents suscitent, en conséquence, des attentes réduites en matière de vie privée. Les inspecteurs ne sont autorisés à tirer copie d'aucun autre document. Quant aux pouvoirs de vérifier certaines données (taux de salaire, durée du travail, conditions d'emploi diverses) et de requérir des renseignements jugés nécessaires, ils m'apparaissent

carrying out of the parity committees' function. It goes without saying that these powers must be exercised in accordance with the purpose of the Act and the inspectors are required to act in complete good faith. It will always be possible to challenge abuses; but that does not alter the validity of the legislative scheme and the balance it strikes between the interests of society and the individual's right to privacy.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and affirm the convictions. The first constitutional question should be answered in the negative. It is unnecessary to answer the second constitutional question.

English version of the judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Major JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises the constitutionality of the powers of inspection of an agency responsible for implementing a government decree in a regulated industrial sector. In particular, the question is whether the second paragraph of s. 22(e) of the *Act respecting Collective Agreement Decrees*, R.S.Q., c. D-2 (hereinafter the "ACAD"), giving the appellant Comité paritaire powers to inspect and to require the production of documents, is a breach of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter the "Charter").

Judgment was rendered from the bench on January 27, 1994 and the following answers given to the constitutional questions framed by the Chief Justice:

The Court forthwith allows the appeal, sets aside the judgment of the Court of Appeal and restores the judgment rendered by the Superior Court of criminal jurisdiction, the whole with costs against the respondents. The constitutional questions are answered as follows:

1. Are the provisions of s. 22(e) of *An Act respecting Collective Agreement Decrees*, R.S.Q., c. D-2, which confer powers of inspection inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

indispensables à l'exécution du mandat des comités paritaires. Ces pouvoirs doivent, il va sans dire, être exercés en conformité avec l'objet de la Loi et les inspecteurs sont tenus d'agir en toute bonne foi. Il sera toujours possible de contester les abus. Mais une telle hypothèse n'altère pas la validité du régime législatif et l'équilibre qu'il atteint entre les intérêts sociaux et le droit à la vie privée des particuliers.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et de confirmer les déclarations de culpabilité. La première question constitutionnelle doit recevoir une réponse négative. Il est inutile de répondre à la deuxième question constitutionnelle.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Major a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité des pouvoirs d'inspection d'un organisme chargé de l'application d'un décret gouvernemental à un secteur réglementé de l'industrie. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si le deuxième alinéa du par. 22e) de la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., ch. D-2 (ci-après la «LDCC»), qui accorde au Comité paritaire appelant des pouvoirs d'inspection et de production de documents, viole l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la «Charte»).

Jugement a été rendu à l'audience le 27 janvier 1994 et les réponses suivantes ont été données aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef:

La Cour, se prononçant séance tenante, accueille le pourvoi, infirme le jugement de la Cour d'appel et rétablit le jugement rendu par la Cour supérieure de juridiction criminelle. Le tout avec dépens contre les intimés. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Les dispositions du par. 22e) de la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., ch. D-2, qui accordent des pouvoirs d'inspection, sont-elles incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, are these provisions justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In view of the answer to the first question, the second question does not arise.

Reasons to follow.

I — Facts

The appellant Comité paritaire was created pursuant to the *Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry*, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 11, and is responsible for the carrying out of that Decree. In January 1988, following a complaint, the appellant was informed that a certain Malouin, a woman from Sherbrooke, had given work cutting out shirts with the brand of the respondent Sélection Milton to employees whom she had not paid. On February 2, 1988 two inspectors from the Comité paritaire de l'industrie de la chemise came to the respondent's premises to determine whether the Sherbrooke woman was a subcontractor and whether the respondent could, accordingly, be held jointly and severally liable together with that subcontractor for the payment of wages as provided for in s. 14 ACAD.

When they arrived at the respondent's premises, the inspectors noticed in the display window shirts similar to those made at Miss Malouin's premises. Relying on s. 22(e) ACAD, they asked for a list of the shirt cutting subcontracts given out by the respondent. The respondent Jonathan Potash, representing Sélection Milton, refused. On February 24, 1988 the inspectors renewed their initial request to be allowed to see the respondent's pay register and visit its workshop in order to meet with the employees. The respondent Jonathan Potash again refused to grant these requests on the ground that the inspectors had no search warrant. Three charges were accordingly laid against the respondents pursuant to s. 33 ACAD, alleging that they had refused:

Réponse: Non.

2. Dans l'hypothèse où la Cour répondrait par l'affirmative à la première question, ces dispositions peuvent-elles se justifier dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse à la première question, la deuxième question ne se soulève pas.

b Motifs à suivre.

I — Les faits

Le Comité paritaire appelant est constitué en vertu du *Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons*, R.R.Q. 1981, ch. D-2, r. 11, décret qu'il est chargé d'appliquer. En janvier 1988, à la suite d'une plainte, l'appelant a été informé qu'une certaine dame Malouin de Sherbrooke aurait donné du travail de couture de chemises portant la marque de confection de l'intimée, Sélection Milton, à des employés qu'elle n'aurait pas payés. Le 2 février 1988, deux inspecteurs du Comité paritaire de l'industrie de la chemise se sont présentés chez l'intimée pour déterminer si la dame de Sherbrooke était son sous-traitant et si l'intimée pouvait, en conséquence, être solidairement responsable du paiement des salaires avec ce sous-traitant, tel que prévu à l'art. 14 LDCC.

À leur arrivée chez l'intimée, les inspecteurs ont remarqué dans la vitrine des chemises semblables à celles confectionnées chez dame Malouin. S'autorisant du par. 22e) LDCC, ils ont demandé d'obtenir la liste des sous-contrats de couture de chemises octroyés par l'intimée. L'intimé Jonathan Potash, représentant de Sélection Milton, a refusé de fournir les documents demandés. Le 24 février 1988, les inspecteurs ont renouvelé leur demande initiale de leur permettre de voir le registre de paye de l'intimée et de visiter son atelier de travail afin de rencontrer les employés. L'intimé Jonathan Potash a de nouveau refusé d'accéder à ces demandes au motif que les inspecteurs n'étaient pas munis de mandat de perquisition. Comme conséquence, trois chefs d'accusation furent portés contre les intimés en vertu de l'art. 33 LDCC, leur reprochant d'avoir refusé:

- | | |
|--|--|
| <p>(1) on February 2, 1988, to provide inspectors with documents required to verify the implementation of the <i>ACAD</i> and the <i>Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry</i>, namely the list of subcontractors manufacturing shirts for the employer;</p> <p>(2) on February 24, 1988, to allow inspectors access to the workplace, namely to visit the workshop; and</p> <p>(3) on February 24, 1988, to provide inspectors with the information required to verify the implementation of the <i>Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry</i>, namely the employer's pay register and list of subcontractors.</p> | <p>(1) le 2 février 1988, de fournir aux inspecteurs des documents nécessaires à la vérification de l'application de la <i>LDCC</i> et du <i>Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons</i>, soit la liste des sous-traitants fabriquant des chemises pour l'employeur;</p> <p>(2) le 24 février 1988, d'accorder aux inspecteurs l'accès au lieu de travail, soit la visite de l'atelier; et</p> <p>(3) le 24 février 1988, de fournir aux inspecteurs des renseignements nécessaires à la vérification de l'application du <i>Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons</i>, à savoir le registre de paye de l'employeur et sa liste de sous-traitants.</p> |
|--|--|

In the lower courts and in this Court it was not disputed that the inspectors' requests fell within s. 22(e) *ACAD* and that any employer commits an offence if he refuses to provide the information requested under that provision. However, the respondents alleged that ss. 22(e) and 33 *ACAD* infringe upon ss. 8 and 24.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (hereinafter the "Quebec Charter"), and s. 8 of the *Charter* while the appellants, the Comité paritaire de l'industrie de la chemise and the Attorney General of Quebec, argued that they do not.

At trial on December 21, 1988, the Court of Quebec (Criminal and Penal Division) concluded that ss. 22(e) and 33 *ACAD* did not infringe either ss. 8 and 24.1 of the Quebec *Charter* or s. 8 of the *Charter* and found the respondents guilty of the three offences: J.E. 89-227, D.T.E. 89T-80. On appeal by trial *de novo*, the Superior Court, Criminal Division, upheld the judgment at trial, dismissing the appeal on May 12, 1989: [1989] R.J.Q. 1575. Finally, on June 3 1992, the Quebec Court of Appeal unanimously allowed the respondents' appeal, rendered a verdict of not guilty and declared the second paragraph of s. 22(e) *ACAD* of no force or effect as being inconsistent with ss. 24.1 of the Quebec *Charter* and 8 of the *Charter*: [1992] R.J.Q. 1743, 75 C.C.C. (3d) 367, 49 Q.A.C.

Devant les instances inférieures comme devant nous, il n'a pas été contesté que les demandes des inspecteurs relèvent du par. 22e) *LDCC* et que tout employeur commet une infraction s'il refuse de fournir les renseignements demandés en vertu de cette disposition. Les intimés ont cependant prétendu que le par. 22e) et l'art. 33 *LDCC* portent atteinte aux art. 8 et 24.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (ci-après la «*Charte québécoise*»), et à l'art. 8 de la *Charte*. Quant à eux, les appelants, le Comité paritaire de l'industrie de la chemise et le procureur général du Québec, ont soutenu que les dispositions attaquées ne violent ni la *Charte* ni la *Charte québécoise*.

En première instance, le 21 décembre 1988, la Cour du Québec (Chambre criminelle et pénale) concluait que le par. 22e) et l'art. 33 *LDCC* ne violaient ni les art. 8 et 24.1 de la *Charte québécoise*, ni l'art. 8 de la *Charte*. Elle déclarait les intimés coupables des trois infractions: J.E. 89-227, D.T.E. 89T-80. En appel par voie de procès *de novo*, la Cour supérieure de juridiction criminelle confirmait le jugement de première instance, rejetant l'appel le 12 mai 1989: [1989] R.J.Q. 1575. Enfin, le 3 juin 1992, la Cour d'appel du Québec, à l'unanimité, accueillait l'appel des intimés, rendait un verdict de non-culpabilité et déclarait inopérant le deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC* au motif qu'il est incompatible avec les art. 24.1 de la *Charte québécoise* et 8 de la *Charte*: [1992] R.J.Q. 1743,

81, 10 C.R.R. (2d) 335. It is this last judgment which is the subject of the present appeal.

75 C.C.C. (3d) 367, 49 Q.A.C. 81, 10 C.R.R. (2d) 335. C'est ce dernier jugement qui fait l'objet du présent pourvoi.

II — Applicable Legislative and Constitutional Provisions

Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2

1. [Definitions] In this Act and in its application, unless the context requires otherwise, the following words and expressions have the meaning hereinafter given to them:

(f) "employer" includes any individual, partnership, firm or corporation who or which has work done by an employee;

(g) "professional employer" means an employer who habitually has employees in his employ for any kind of work which is the object of a decree;

2. [Decree] The Government may order that a collective agreement respecting any trade, industry, commerce or occupation shall also bind all the employees and employers in Québec or in a stated region of Québec, within the scope determined in such decree.

11. [Matter of public order] The provisions of the decree entail a matter of public order and shall govern and rule any work of the same nature or kind as that contemplated by the agreement, within the jurisdiction determined by the decree.

14. [Joint liability] Every professional employer contracting with a sub-entrepreneur or a sub-contractor, directly or through an intermediary, shall be jointly and severally responsible with such sub-entrepreneur or sub-contractor and any intermediary, for the payment of the wage fixed by the decree.

16. [Forming of committee] The parties to a collective agreement rendered obligatory must form a parity committee to supervise and ensure the carrying out of the decree, its amendments and renewals.

22. [Corporate powers] From and after the publication of the notice contemplated in section 19, the committee

a II — Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2

1. [Définitions] Dans la présente loi et son application, à moins que le contexte ne s'y oppose, les termes suivants ont le sens qui leur est ci-après donné:

f) «employeur» comprend: tout individu, société, firme ou corporation qui fait exécuter un travail par un salarié;

g) «employeur professionnel» désigne: un employeur qui habituellement a à son emploi des salariés pour un genre de travail qui fait l'objet d'un décret;

2. [Décret] Il est loisible au gouvernement de décréter qu'une convention collective relative à un métier, à une industrie, à un commerce ou à une profession, lie également tous les salariés et tous les employeurs du Québec, ou d'une région déterminée du Québec, dans le champ d'application défini dans ce décret.

11. [Dispositions d'ordre public] Les dispositions du décret sont d'ordre public, régissent et gouvernent tout travail de même nature ou de même genre que celui visé par la convention, dans la juridiction déterminée par le décret.

14. [Solidarité] Tout employeur professionnel qui contracte avec un sous-entrepreneur ou sous-traitant, directement ou par intermédiaire, est solidairement responsable avec ce sous-entrepreneur ou sous-traitant et tout intermédiaire, du paiement du salaire fixé par le décret.

16. [Formation du comité] Les parties à une convention collective rendue obligatoire doivent constituer un comité paritaire chargé de surveiller et d'assurer l'observance du décret, de ses modifications et de ses renouvellements.

22. [Pouvoirs corporatifs] À compter de la publication de l'avis prévu à l'article 19, le comité constitue une

shall constitute a corporation and shall have the general powers, rights and privileges appertaining to ordinary civil corporations.

From the mere fact of its formation, it may, as of right:

(e) [General manager, secretary, inspectors and other employees] Appoint a general manager, a secretary, inspectors and other mandataries or employees, and determine their attributions and remuneration. Every person having the administration of the committee's funds must give security by a guarantee policy which shall be transmitted to the Minister.

[Inspection] The general manager, the secretary and any inspector may, as of right and at any reasonable time, examine the registration system, the compulsory register and the pay-list of any employer, take copies or extracts therefrom, verify as regards any employer and any employee the rate of wage, duration of work, apprenticeship system and observance of the other provisions of the decree; require, even under oath and privately, from any employer or employee, even at the place of work, all information deemed necessary, and, such information having been written down, exact the signature of the person concerned;

[Identification] The general manager, the secretary or any inspector shall, on request, identify himself and produce a certificate of his capacity issued by the committee;

[Documents] The general manager, the secretary or any inspector may also require the production of any document referred to in the second paragraph or any document relating to the application of this Act, a decree or a regulation, make a copy thereof and certify it as a true copy of the original. The copy is admissible as proof and has the same probative value as the original;

24. [Complaints] The committee shall hear and consider any written complaint from an employer or from an employee respecting the carrying out of the decree.

33. [Obstruction to inspection] Every professional employer who does not keep the compulsory registration system, register or pay-list, every employer or employee who refuses or neglects to furnish the representatives of a committee with the information contemplated in subparagraph e of section 22, in the manner

corporation et a les pouvoirs, droits et privilèges généraux d'une corporation civile ordinaire.

Du seul fait de sa formation, il peut de droit:

e) [Secrétaire, inspecteurs et autres employés] Nommer un directeur général, un secrétaire, des inspecteurs, et autres mandataires ou employés, et fixer leurs attributions et rémunérations. Toute personne ayant l'administration des fonds du comité doit fournir un cautionnement par police de garantie qui est transmise au ministre.

[Inspection] Le directeur général, le secrétaire et tout inspecteur peuvent de droit et à toute heure raisonnable examiner le système d'enregistrement, le registre obligatoire et la liste de paye de tout employeur, en prendre des copies ou extraits, vérifier auprès de tout employeur et de tout salarié le taux du salaire, la durée du travail, le régime d'apprentissage et l'observance des autres dispositions du décret, requérir même sous serment et privé-ment de tout employeur ou de tout salarié, et même au lieu du travail, les renseignements jugés nécessaires, et, tels renseignements étant consignés par écrit, exiger la signature de l'intéressé;

[Identification] Sur demande, le directeur général, le secrétaire ou un inspecteur doit s'identifier et exhiber le certificat, délivré par le comité, attestant sa qualité;

[Production de documents] Le directeur général, le secrétaire ou un inspecteur peut aussi exiger la production de tout document visé au deuxième alinéa ou de tout document relatif à l'application de la présente loi, d'un décret ou d'un règlement, en faire une copie et la certifier conforme à l'original. Une telle copie est admissible en preuve et a la même force probante que l'original;

24. [Plaintes] Le comité doit entendre et considérer toute plainte d'un employeur ou d'un salarié relative à l'application du décret et consignée par écrit.

33. [Entraves à l'inspection] Tout employeur professionnel qui ne tient pas le système d'enregistrement, le registre ou la liste de paye obligatoires, tout employeur ou salarié qui refuse ou néglige de fournir aux représentants d'un comité les renseignements prévus au paragraphe e de l'article 22, en la manière y prescrite, ou ne

therein prescribed, or does not grant them on request, or delays to grant them, access to the place where the work is being done, to the register, to the system of registration or to pay-list or other documents, as provided in said paragraph, or molests or hinders or insults the said representatives in the performance of their duties, or otherwise obstructs such performance, — commits an offence and shall be liable, in addition to the costs, to a fine of \$200 to \$500; in the case of a subsequent offence within two years he shall be liable, in addition to the costs, to a fine of \$500 to \$3 000.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

8. No one may enter upon the property of another or take anything therefrom without his express or implied consent.

24.1. No one may be subjected to unreasonable search or seizure.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

III — Judgments

Court of Quebec (Criminal and Penal Division)

According to Judge Dansereau, s. 8, and, consequently, the test outlined in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, are not applicable in the context of a civil and administrative statute or inspection process. He based his decision on the following arguments put to him by the appellants:

(1) *Hunter v. Southam Inc.* is not, unlike a search that may lead to complaints of a penal or criminal nature, applicable to an administrative inspection;

(2) different rules should apply to determine whether a search or seizure made in con-

leur accorde pas sur demande, ou retarde à leur accorder, l'accès au lieu du travail, au registre, au système d'enregistrement ou à la liste de paye ou autres documents, tel que prévu audit paragraphe, ou moleste, ou incommode, ou injurie lesdits représentants dans l'exercice de leurs fonctions, ou autrement met obstacle à tel exercice, — commet une infraction et est passible, en outre des frais, d'une amende de 200 \$ à 500 \$; au cas de récidive dans les deux ans, il est passible, en outre des frais, d'une amende de 500 \$ à 3000 \$.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

8. Nul ne peut pénétrer chez autrui ni y prendre quoi ce soit sans son consentement exprès ou tacite.

24.1. Nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles abusives.

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

III — Les jugements

Cour du Québec (Chambre criminelle et pénale)

Selon le juge Dansereau, l'art. 8, et par conséquent les critères dégagés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, ne sont pas applicables dans le contexte d'une loi ou d'un processus d'inspection à caractère civil et administratif. Il appuie sa position sur les arguments suivants, formulés devant lui par les appelants:

(1) l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* n'est pas applicable à une inspection administrative, par opposition à une perquisition devant conduire à des plaintes de nature pénale ou criminelle;

(2) des critères différents doivent s'appliquer pour déterminer le caractère abusif d'une

nection with an inspection pursuant to the ACAD is unreasonable; and

- (3) the absence of a warrant does not make the inspectors' requests unreasonable, even though a refusal is subject to a fine (s. 33 ACAD).

Judge Dansereau further dismissed the argument based on s. 24.1 of the Quebec *Charter*. In his opinion, the evidence showed that the purpose of the inspection was not to build an incriminating file on the respondent Sélection Milton but rather to determine whether it was jointly and severally liable with the Sherbrooke subcontractor for the payment of wages pursuant to s. 14 ACAD. The judge agreed with the appellants' view that the powers of inspection exercised by the inspectors of the Comité paritaire are not to be compared with powers of search and seizure. He accordingly considered that ss. 8 and 24.1 of the Quebec *Charter* have no application to the facts of the case at bar.

Judge Dansereau, therefore, found the respondents guilty of the three offences charged and ordered them to pay the minimum fine of \$200 each, plus costs.

Superior Court, [1989] R.J.Q. 1575

Viau J., on an appeal by trial *de novo* brought by the respondents, first noted the primary purpose of the ACAD, which, he said, was to ensure compliance with minimum working conditions in certain fields of activity for the benefit of employees, not to penalize wrongful acts. He noted that the ACAD is of public order and provides for the establishment of measures to promote its objectives. In his view, the inspectors fulfill a function of public importance: the powers conferred upon them are intended to allow employees to receive the wages and enjoy the other benefits to which they are entitled.

Viau J. then analysed the powers of inspectors regarding requests made pursuant to s. 22(e) ACAD, powers which he said were not comparable

fouille, d'une perquisition ou d'une saisie effectuées dans le cadre d'une inspection prévue à la LDCC; et

- (3) l'absence de mandat ne rend pas abusives les demandes des inspecteurs, même si un refus est sanctionné par une amende (art. 33 LDCC).

Le juge Dansereau rejette également l'argument fondé sur l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise. Selon lui, la preuve indique que le but de l'inspection n'était pas d'établir un dossier incriminant contre l'intimée Sélection Milton, mais plutôt de déterminer si elle était solidairement responsable du paiement des salaires avec le sous-traitant de Sherbrooke, conformément à l'art. 14 LDCC. Le juge partage l'avis des appelants selon lequel les pouvoirs d'inspection exercés par les inspecteurs du Comité paritaire ne sont pas assimilables à des pouvoirs de fouille, de perquisition ou de saisie. Il estime donc que les art. 8 et 24.1 de la *Charte* québécoise ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce.

En conséquence, le juge Dansereau déclare les intimés coupables des trois infractions reprochées et les condamne à l'amende minimale de 200 \$ pour chacune d'elles, plus les frais.

Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 1575

Dans le cadre d'un appel par voie de procès *de novo* interjeté par les intimés, le juge Viau rappelle tout d'abord l'objet premier de la LDCC, qui est, selon lui, d'assurer le respect, dans certains secteurs d'activités, de conditions minimales de travail au bénéfice des employés, et non pas de réprimer les actes fautifs. Il note que la LDCC est d'ordre public et prévoit l'instauration de mesures propres à assurer la réalisation de ses fins. Selon lui, les inspecteurs remplissent une mission d'intérêt public: les pouvoirs qui leur sont conférés sont destinés à permettre aux employés de recevoir le salaire et de bénéficier des autres avantages auxquels ils ont droit.

Le juge Viau analyse ensuite les pouvoirs des inspecteurs eu égard aux demandes adressées conformément au par. 22e) LDCC, pouvoirs qu'il

to those of search or seizure. As he observed (at p. 1578), [TRANSLATION] “[s]earch implies an invasion of another’s property to seek actively for objects or documents” whereas [TRANSLATION] “seizure assumes the taking of objects or documents out of their owner’s possession”. Based on the evidence before him, Viau J. was of the opinion that there had been no intrusion into the respondent’s property nor seizure of belongings at his place.

The judge went on to examine the objective sought by the inspectors, which, in his view, was not to build an incriminating file on the respondent Sélection Milton but, rather, to determine whether it was jointly and severally liable with a subcontractor for the payment of wages pursuant to s. 14 ACAD. Further, he considered that if the appellant Comité paritaire had wished to search for or seize objects, it could have made use of the provisions of s. 8 of the *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15, then in effect (since replaced by the *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1, ss. 95 et seq.).

Finally, although s. 22(e) ACAD speaks of “any employer”, Viau J. did not feel it was necessary to determine whether the respondents are a “professional employer” within the meaning of s. 1(g) before concluding that the appellant Comité paritaire had the right to make an inspection. He commented at p. 1581:

[TRANSLATION] The word “employer” rather than “professional employer” in s. 22(e) is not there purely by chance. It was necessary to fully understand what was happening in a workshop before concluding that an employer was subject to the decree and so jointly and severally liable under s. 14 for payment of the wages fixed by the decree. . . .

In short, the inspection system provided for an initial stage after which it would be decided whether to proceed further.

Viau J. consequently dismissed the respondents’ appeal, thus affirming their convictions and the sentences imposed by the Court of Quebec (Criminal and Penal Division).

estime non assimilables à des fouilles, perquisitions ou saisies. Comme il le dit (à la p. 1578), «[l]a fouille et la perquisition impliquent une intrusion dans la propriété d’autrui pour y rechercher activement des objets ou des documents» alors que la «saisie suppose la prise d’objets ou de documents et la dépossession de leur propriétaire». Le juge Viau est d’opinion, à la lumière de la preuve devant lui, qu’il n’y a eu aucune intrusion dans la propriété ni saisie de biens chez l’intimée.

Le juge continue en procédant à un examen du but poursuivi par les inspecteurs, qui n’était pas, à son avis, d’établir un dossier incriminant contre l’intimée Sélection Milton, mais plutôt de déterminer si elle était solidairement responsable du paiement du salaire avec un sous-traitant, en vertu de l’art. 14 LDCC. D’ailleurs, estime-t-il, si l’appelant, le Comité paritaire, avait voulu fouiller, perquisitionner ou saisir des choses, il aurait eu recours aux dispositions prévues à l’art. 8 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., ch. P-15, alors en vigueur (remplacé depuis par le *Code de procédure pénale*, L.R.Q., ch. C-25.1, art. 95 et suiv.).

Enfin, même si le par. 22e) LDCC parle de «tout employeur», le juge Viau ne croit pas qu’il faille déterminer si les intimés sont un «employeur professionnel», au sens de l’al. 1g), avant de reconnaître à l’appelant le Comité paritaire le droit d’inspecter. Il en fait la remarque, à la p. 1581:

En effet, ce n’est pas par hasard que l’on retrouve le terme «employeur» plutôt qu’«employeur professionnel» à l’article 22e). Il fallait bien savoir ce qui se passait dans un atelier avant de conclure s’il s’y trouvait ou non un employeur assujéti au décret et donc solidairement responsable en vertu de l’article 14, du paiement du salaire fixé par le décret. . . .

Bref le système d’inspection permet de franchir une première étape et de décider ensuite s’il y a lieu d’aller plus loin.

Le juge Viau rejette par conséquent l’appel des intimés, confirmant ainsi leurs déclarations de culpabilité et les sentences imposées en Cour du Québec (Chambre criminelle et pénale).

Court of Appeal, [1992] R.J.Q. 1743 (Dussault and Fish JJ.A. (Monet J.A. took no part in the judgment))

Per Fish J.A., the Court of Appeal could not subscribe to the conclusion of the Superior Court, Criminal Division, that the powers specified in s. 22(e) ACAD are not comparable to powers of search and seizure. It based this conclusion exclusively on the reasons of Wilson J. in the judgment of this Court, *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627.

In order to determine the reasonable expectations regarding the protection of documents and the workplace, Fish J.A. noted that, since the inspectors' powers are exercised in commercial premises, the invasion was less significant than if they were exercised at a person's home. He further noted that the documents in question are business documents whose content is generally prescribed by the ACAD. Similarly, the powers are limited, the visit must take place at a reasonable time and the inspectors must identify themselves. So far as the information sought was concerned, however, Fish J.A. considered that the request could cover [TRANSLATION] "a wide range" and that employees could be required to [TRANSLATION] "provide information that the employer or the professional employer may have an interest in protecting" (p. 1749).

Noting the observations of Carthy J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal in *Ontario Chrysler (1977) Ltd. v. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 148, with respect to the reasonableness of the expectation, Fish J.A. considered that the infringement of the "professional employer's" right to privacy was not abusive and did not exceed its reasonable expectations. However, Fish J.A. regarded the scope of s. 22(e) as much broader since the subsection applies to all employers. Considering whether the reasonable expectation test was met by s. 22(e), which he considered to have a broader scope, Fish J.A. cited lengthy passages from the unanimous judgment of the Ontario Court

Cour d'appel, [1992] R.J.Q. 1743 (les juges Dussault et Fish (le juge Monet n'a pas pris part au jugement))

Sous la plume du juge Fish, la Cour d'appel ne peut souscrire à la conclusion de la Cour supérieure de juridiction criminelle selon laquelle les pouvoirs prévus au par. 22e) LDCC ne sont pas assimilables à des pouvoirs de fouille, de perquisition ou de saisie. Elle appuie cette conclusion exclusivement sur les motifs du juge Wilson dans l'arrêt de notre Cour *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

S'agissant de déterminer les attentes raisonnables à l'égard de la protection des documents et du lieu de travail, le juge Fish note que, comme les pouvoirs des inspecteurs sont exercés dans des locaux commerciaux, l'atteinte est donc moins importante que s'ils étaient exercés au domicile d'un particulier. De plus, il remarque que les documents visés sont des documents d'affaires dont la tenue est généralement exigée par la LDCC. De même, les pouvoirs sont circonscrits, la visite devant avoir lieu à une heure raisonnable et les inspecteurs requis de s'identifier. Quant aux renseignements visés, le juge Fish estime cependant que la demande peut porter sur «un large éventail» et que les salariés peuvent être tenus de «fournir des renseignements que l'employeur ou l'employeur professionnel peut avoir intérêt à protéger» (p. 1749).

Rappelant les propos du juge Carthy, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Ontario Chrysler (1977) Ltd. c. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 148, portant sur le caractère raisonnable de l'attente, le juge Fish est d'avis que l'atteinte au droit à la vie privée de l'«employeur professionnel» n'est pas abusive et qu'elle ne viole pas ses attentes raisonnables. Toutefois, le juge Fish évalue la portée du par. 22e) comme allant beaucoup plus loin car ce paragraphe vise tous les employeurs. S'interrogeant sur le respect du critère de l'attente raisonnable par le par. 22e) qu'il estime être d'une portée très étendue, le juge Fish cite de larges extraits de l'arrêt unanime de la Cour

of Appeal in *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558, and said (at p. 1750):

[TRANSLATION] This reasoning [in *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)*] appears to me to be quite relevant in the present case. I am, in effect, of the view with all due respect for the contrary opinion, that the invasion of privacy authorized by s. 22(e) A.C.A.D. violates the reasonable expectation of any employer not subject to the Act.

Also I do not consider that it is justified by the purpose which the Act seeks to achieve or by the state's interest.

Of course, the imposition of and compliance with minimum employment standards for employees are important, but protection of the employees covered by the decree does not justify powers to search the premises of an employer not made subject to the decree by the legislature.

In addition, it seems to me that in order to constitute a "least intrusive method available for adequate enforcement of the regulatory scheme", the provision in the second paragraph of s. 22(e) should require *reasonable and probable grounds to believe that the "inspected" employer is in fact covered by the decree*. [Emphasis in original.]

Fish J.A. noted that in *Comité paritaire de l'industrie du meuble v. Métal par Dimension Ltée*, [1989] R.J.Q. 1442, the Quebec Court of Appeal had taken this rule for granted, though without deciding the point. Rather than construing s. 22(e) ACAD by reading in the reasonable grounds requirement, he [TRANSLATION] "left it to the legislature to make the A.C.A.D. comply with the two Charters" (p. 1752). Accordingly, in his opinion, since it does not contain a requirement of reasonable and probable grounds for undertaking an inspection, the second paragraph of s. 22(e) ACAD is in breach of s. 8 of the *Charter* and s. 24.1 of the Quebec *Charter*. However, he did not discuss s. 8 of the Quebec *Charter*. In closing, Fish J.A. mentioned (at p. 1752) that his reasons applied only to the second paragraph of s. 22(e), and expressly refrained from making any ruling on the other parts of that subsection.

d'appel de l'Ontario *Johnson c. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558, et il affirme (à la p. 1750):

a Ce raisonnement [de l'arrêt *Johnson c. Ontario (Minister of Revenue)*] me paraît fort pertinent en l'espèce. Je suis en effet d'avis, avec égard pour l'opinion contraire, que l'atteinte au droit à la vie privée autorisée par l'article 22e) L.D.C.C. viole l'attente raisonnable de tout employeur non soumis à la loi.

c Je suis également d'avis qu'elle ne se justifie pas par le but recherché par la loi, ou par l'intérêt de l'État.

b Bien sûr, l'imposition et le respect des normes minimales des conditions d'emploi des salariés sont importants, mais la protection des salariés visés au décret ne justifie pas les pouvoirs de perquisition chez l'employeur qui n'y est pas assujéti par le législateur.

e Aussi, il me semble que, pour constituer [la] [TRANSLATION] «méthode la moins envahissante possible pour appliquer adéquatement le régime de réglementation», la disposition du deuxième alinéa de l'article 22e) devrait exiger un motif raisonnable et probable de croire que l'employeur «inspecté» est de fait visé par le décret. [En italique dans l'original.]

f Le juge Fish souligne que la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Comité paritaire de l'industrie du meuble c. Métal par Dimension Ltée*, [1989] R.J.Q. 1442, avait tenu ce critère pour acquis, mais sans en décider. Plutôt que d'interpréter le par. 22e) LDCC en y lisant (*reading in*) l'exigence de motifs raisonnables, il «laisse au législateur le soin de rendre la L.D.C.C. conforme à nos deux chartes» (p. 1752). Ainsi, à son avis, puisqu'il ne prévoit pas l'exigence d'un motif raisonnable et probable pour procéder à une inspection, le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC viole l'art. 8 de la *Charte* et l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise. Il ne discute cependant pas de l'art. 8 de la *Charte* québécoise. En terminant, le juge Fish mentionne (à la p. 1752) que ses motifs ne visent que le deuxième alinéa du par. 22e), s'abstenant explicitement de se prononcer quant aux autres constituants de ce paragraphe.

The appeal was accordingly allowed, the judgment of the Superior Court, Criminal Division, reversed, the second paragraph of s. 22(e) ACAD declared to be of no force or effect and the respondents declared not guilty of the offences charged.

IV — Issue

As I mentioned earlier, the appeal at bar raises the constitutionality of s. 22(e) of the ACAD in light of both the *Charter* and the Quebec *Charter*. However, although the appellants discussed the disputed provision in light of s. 8 of the Quebec *Charter* (appellants' factum, at p. 39, paras. 89-91), the Court of Appeal judgment is silent on this point and neither the respondents nor the interveners made any reference to it. I will, therefore, refrain from discussing s. 8 of the Quebec *Charter*, as I consider that the Court does not have to decide this question.

In his reasons (at p. 1751) Fish J.A., though he did not analyse s. 24.1 of the Quebec *Charter* in depth, considered that it had been infringed by the second paragraph of s. 22(e) ACAD. The parties, for their part, referred to s. 24.1 in their statement of the issues, and the appellants referred to it again when they addressed the justification under s. 1 of the *Charter* (appellants' factum, at pp. 5, para. 12, and 38, para. 88; and respondents' factum, at p. 1, para. 3). However, the respondents contended that, if the Court were to find that the fourth paragraph of s. 22(e) ACAD was the subject of an exception adopted in accordance with s. 33 of the *Charter*, its validity would nonetheless have to be examined in light of s. 24.1 of the Quebec *Charter* (appellants' factum, at p. 17, para. 52). In these circumstances, despite the judgment of the Court of Appeal and the fact that the parties and the interveners did not raise s. 24.1 of the Quebec *Charter* in their oral arguments, I shall nonetheless address that provision.

Additionally, at the time the offences were committed the fourth paragraph of s. 22(e) ACAD was the subject of an exception to s. 8 of the *Charter*, adopted in accordance with its s. 33. This fourth paragraph was inserted in the ACAD by the *Act to*

L'appel est donc accueilli, le jugement de la Cour supérieure de juridiction criminelle infirmé, le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC déclaré inopérant et les intimés déclarés non coupables des infractions reprochées.

IV — Le litige

Comme je l'ai mentionné précédemment, le présent pourvoi soulève la constitutionnalité du par. 22e) LDCC tant à la lumière de la *Charte* que de la *Charte* québécoise. Toutefois, bien que les appelants discutent de la disposition contestée à la lumière de l'art. 8 de la *Charte* québécoise (mémoire des appelants, à la p. 39, par. 89 à 91), la décision de la Cour d'appel est silencieuse à ce sujet et ni les intimés ni les intervenants n'y font quelque référence. Je m'abstiendrai donc de discuter de l'art. 8 de la *Charte* québécoise, étant d'avis que la Cour n'a pas à trancher cette question.

Dans ses motifs (à la p. 1751), le juge Fish, tout en n'analysant pas à fond l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise, a considéré qu'il avait été violé par le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC. Quant à elles, les parties ont invoqué l'art. 24.1 dans leur énoncé des questions en litige, et les appelants y ont de nouveau fait référence lorsqu'ils traitent de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte* (mémoire des appelants, aux pp. 5, par. 12, et 38, par. 88; et mémoire des intimés, à la p. 1, par. 3). Les intimés ont cependant fait valoir que, dans l'éventualité où la Cour conclutait que le quatrième alinéa du par. 22e) LDCC faisait l'objet d'une dérogation adoptée conformément à l'art. 33 de la *Charte*, sa validité devait néanmoins être examinée à la lumière de l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise (mémoire des intimés, à la p. 17, par. 52). Dans ces circonstances, malgré le jugement de la Cour d'appel et le fait que les parties et les intervenants n'ont pas soulevé l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise lors de leurs plaidoiries orales, j'aborderai quand même cette disposition.

Par ailleurs, le quatrième alinéa du par. 22e) LDCC faisait, à l'époque où les infractions ont été commises, l'objet d'une dérogation à l'art. 8 de la *Charte*, adoptée conformément à son art. 33. En effet, ce quatrième alinéa a été introduit dans la

amend Various Legislation respecting Labour Relations, S.Q. 1984, c. 45, s. 35 of which expressly provided for an exception to ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*. There is no doubt as to the validity of such an exception, since it has been recognized by this Court (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 741-42 (*per curiam*)). Accordingly, although the respondents argued that the fourth paragraph of s. 22(e) is in breach of s. 8 of the *Charter*, the Court does not have to consider this point in view of the constitutionally valid exception. However, the validity of this fourth paragraph in light of s. 24.1 of the *Quebec Charter* will have to be considered.

It is thus only necessary to answer the following questions:

- (1) Does the second paragraph of s. 22(e) ACAD infringe s. 8 of the *Charter*?
- (2) If so, can the second paragraph of s. 22(e) be justified under s. 1 of the *Charter*?
- (3) Do the second and fourth paragraphs of s. 22(e) ACAD infringe s. 24.1 of the *Quebec Charter*?

I would note that, in view of the answer given by the Court to the first question at the hearing, it will not be necessary to answer the second.

V — Analysis

I will first consider whether s. 8 of the *Charter* applies to the powers of inspection at issue here. If necessary, I will then examine their reasonableness. In closing, I will determine whether s. 24.1 of the *Quebec Charter* is applicable.

A. *Powers of Inspection under the Second Paragraph of Section 22(e) ACAD and Applicability of Section 8 of the Charter*

Under the second paragraph of s. 22(e) ACAD, the inspectors of the appellant Comité paritaire can, at the employees' workplace:

LDCC par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière de relations du travail*, L.Q. 1984, ch. 45, dont l'art. 35 prévoyait expressément la dérogation aux art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*. La validité d'une telle dérogation ne fait aucun doute, puisqu'elle a été reconnue par notre Cour (*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 741 et 742 (*per curiam*)). Par conséquent, même si les intimés soutiennent que le quatrième alinéa du par. 22e) viole l'art. 8 de la *Charte*, la Cour n'a pas à aborder cette question, étant donné la dérogation constitutionnellement valide. Cependant, la validité de ce quatrième alinéa au regard de l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise devra être examinée.

En conséquence, il y a lieu de répondre uniquement aux questions suivantes:

- (1) Le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC viole-t-il l'art. 8 de la *Charte*?
- (2) Dans l'affirmative, le deuxième alinéa du par. 22e) peut-il se justifier dans le cadre de l'article premier de la *Charte*?
- (3) Les deuxième et quatrième alinéas du par. 22e) LDCC violent-ils l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise?

Je mentionne que, compte tenu de la réponse que nous avons donnée séance tenante à la première question, il ne sera pas nécessaire de répondre à la seconde.

V — Analyse

J'examinerai d'abord l'applicabilité de l'art. 8 de la *Charte* aux pouvoirs d'inspection ici en litige. Le cas échéant, je me pencherai ensuite sur leur caractère raisonnable. J'aborderai, en terminant, l'applicabilité de l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise.

A. *Les pouvoirs d'inspection du deuxième alinéa du par. 22e) LDCC et l'applicabilité de l'art. 8 de la Charte*

En vertu du deuxième alinéa du par. 22e) LDCC, les inspecteurs de l'appelant le Comité paritaire peuvent, au lieu de travail des salariés:

- | | |
|--|---|
| <p>(1) examine the registration system, the compulsory register and the pay-list and take copies thereof;</p> <p>(2) verify as regards any employer and any employee the rate of wage, duration of work, apprenticeship system and observance of the other provisions of the <i>Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry</i>; and</p> <p>(3) require the employer or his employees to provide information deemed necessary (even under oath and signed).</p> | <p>(1) examiner le système d'enregistrement, le registre obligatoire et la liste de paye, de même qu'en prendre copie;</p> <p>(2) vérifier auprès de l'employeur ou de ses salariés le taux de salaire, la durée de travail, le régime d'apprentissage, de même que l'observance des autres dispositions du <i>Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons</i>; et</p> <p>(3) requérir de l'employeur ou de ses salariés, des renseignements jugés nécessaires (même sous serment et signés).</p> |
|--|---|

Various positions were argued in this Court as to the application of s. 8 of the *Charter* to the powers mentioned in the second paragraph of s. 22(e) *ACAD*. The appellants, the interveners the Attorneys General of Ontario and Saskatchewan and the Association des comités paritaires du Québec Inc. argued that none of the powers mentioned in the second paragraph of s. 22(e) of the *ACAD* can be compared to searches or seizures because an employer could not have a significant expectation of privacy in respect of documents which the law requires to be kept. The respondents argued, on the contrary, that such powers authorize a significant invasion and are thus covered by the protection of s. 8 of the *Charter*. Finally, the intervener the Attorney General of Alberta argued that the mere power to require information deemed necessary from the employer or his employees does not fall within the scope of s. 8 of the *Charter*. However, according to this intervener, should there be an entry into the workplace, s. 8 applies as a reasonable expectation of privacy then exists on the part of the employer.

As a first step, the question, thus, is whether the powers of inspection conferred by the second paragraph of s. 22(e) *ACAD* constitute a "search or seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

First, the second paragraph of s. 22(e) permits the inspectors to examine various documents of the employer (registration system, compulsory register and pay-list), and take copies thereof, and also

Diverses positions ont été avancées devant nous quant à l'application de l'art. 8 de la *Charte* aux pouvoirs prévus au deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC*. Les appelants, les intervenants les procureurs généraux de l'Ontario et de la Saskatchewan, ainsi que l'Association des comités paritaires du Québec Inc., soutiennent qu'aucun des pouvoirs mentionnés au deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC* n'est assimilable à des fouilles, perquisitions ou saisies parce qu'un employeur ne saurait avoir d'attente significative en matière de vie privée à l'égard de documents dont la tenue est exigée par la loi. Les intimés prétendent au contraire que les pouvoirs d'inspection autorisent une intrusion significative, de sorte qu'ils sont visés par la protection de l'art. 8 de la *Charte*. Enfin, l'intervenant le procureur général de l'Alberta soutient que le simple pouvoir de requérir, de l'employeur ou de ses salariés, des renseignements jugés nécessaires ne tombe pas sous l'empire de l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, estime cet intervenant, s'il y a entrée sur les lieux de travail, l'art. 8 s'applique car il existe alors une atteinte raisonnable à la vie privée de la part de l'employeur.

Il s'agit donc de déterminer en premier lieu si les pouvoirs d'inspection prévus au deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC* constituent une «fouille, perquisition ou saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Dans un premier temps, le deuxième alinéa du par. 22e) permet aux inspecteurs d'examiner divers documents de l'employeur (système d'enregistrement, registre obligatoire et liste de paye), de

to verify various information with the employer (rate of wage, duration of work, apprenticeship system, observance of the other provisions of the decree governing the industry) and to require other information deemed necessary.

In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, La Forest J. stated (at p. 431):

It should be observed, however, that s. 8 of the *Charter* does not protect only against searches, or against seizures made in connection with searches. It protects against searches or seizures. . . .

As I see it, the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent. [Emphasis added.]

This definition was reiterated by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 505, and *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 54.

One analytical approach is to look first at the character of the powers provided for in the second paragraph of s. 22(e) *ACAD* in order to determine whether they are in the nature of a "search or seizure", in that the inspectors may take away something belonging to the employer without the employer's consent. (See, *inter alia*: *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 505 (*per* La Forest J.) and 589-92 (*per* L'Heureux-Dubé J.).) A second approach consists in looking at the expectation of privacy at this stage, in order to decide whether the disputed provision confers powers of "search or seizure" on the State. (See, *inter alia*: *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at p. 638 (*per* Le Dain J.); *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, at pp. 1277-78 (*per* Cory J.); *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 642 (*per* Wilson J.); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 291-96 (*per* Sopinka J.); and *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, at pp. 777-78 (*per* Major J.).) I opt for the first approach here, and will leave the second for the stage when the unreasonableness of the provision is considered.

même que d'en prendre copie, ainsi que de vérifier auprès de l'employeur divers éléments (taux de salaire, durée de travail, régime d'apprentissage, observance des autres dispositions du décret régissant l'industrie) et de requérir d'autres renseignements jugés nécessaires.

Dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, le juge La Forest s'exprimait ainsi (à la p. 431):

Toutefois, il faudrait souligner que l'art. 8 de la *Charte* ne protège pas uniquement contre les fouilles ou les perquisitions, ou contre les saisies liées à des fouilles ou à des perquisitions. Il protège contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies . . .

À mon avis, il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. [Je souligne.]

Cette définition a été reprise par le juge La Forest dans les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 505, et *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 54.

Une méthode d'analyse consiste à s'interroger d'abord sur la nature des pouvoirs prévus au deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC* pour déterminer s'ils sont de la nature d'une «fouille, perquisition ou saisie» dans la mesure où les inspecteurs peuvent s'approprier quelque chose appartenant à l'employeur sans son consentement. (Voir, entre autres: *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 505 (le juge La Forest) et 589 à 592 (le juge L'Heureux-Dubé).) Une seconde méthode consiste à tenir compte, à ce stade, de l'expectative de vie privée afin de décider si la disposition contestée confère à l'État des pouvoirs de «fouille, perquisition ou saisie». (Voir, entre autres: *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, à la p. 638 (le juge Le Dain); *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, aux pp. 1277 et 1278 (le juge Cory); *McKinlay Transport*, précité, à la p. 642 (le juge Wilson); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, aux pp. 291 à 296 (le juge Sopinka); et *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, aux pp. 777 et 778 (le juge Major).) J'opte ici pour la première, laissant la seconde au stade de l'examen du caractère abusif de la disposition.

The powers set out in the second paragraph of s. 22(e) ACAD authorize the inspectors to take away something belonging to an employer without the employer's consent (*inter alia*, the registration system, the compulsory register and the pay-list). In this respect I see no difference between the making of a photocopy and the seizure of the original. In my view, this is a "seizure" within the meaning of *Dyment*.

This Court has already held that *subpoenae duces tecum* constitute "seizures" for the purposes of s. 8 of the *Charter* (*Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 442 (*per* Lamer J.), 494 (*per* Wilson J.), 505 (*per* La Forest J.) and 592 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *McKinlay Transport*, *supra*, at p. 642 (*per* Wilson J.); and *Stelco Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 617). In the appeal at bar the powers conferred by the ACAD are wider than a mere request for production of documents: the second paragraph of s. 22(e) ACAD gives inspectors the right to obtain information from the employer and employees and the right to require production of documents and make copies of them. In short, this is a true "seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

Secondly, the second paragraph of s. 22(e) ACAD gives the inspectors a right of access to work premises. It is worth noting that several provincial courts of appeal have, on various occasions, held that such powers, characterized as "administrative inspections", were comparable to "searches or seizures" within the meaning of s. 8 of the *Charter* (see: *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 20 D.L.R. (4th) 156 (Ont. C.A.), at p. 158 (*per* MacKinnon A.C.J.O.); *R. v. Quesnel* (1985), 24 C.C.C. (3d) 78 (Ont. C.A.), at p. 83 (*per* Finlayson J.A.), leave to appeal refused by the Supreme Court of Canada on May 22, 1986, [1986] 1 S.C.R. xiii; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, [1986] 3 F.C. 291 (C.A.), at pp. 324 (*per* Ryan J.A.) and 339-40 (*per* Hugessen J.A.); *Chabot v. Manitoba Horse Racing Commission*, [1987] 1 W.W.R. 149 (Man. C.A.), at pp. 154-55 (*per* Huband J.A.), leave to appeal refused by the Supreme Court of Canada on June

Les pouvoirs prévus au deuxième alinéa du par. 22e) LDCC autorisent les inspecteurs à s'approprier quelque chose appartenant à l'employeur sans son consentement (entre autres, le système d'enregistrement, le registre obligatoire et la liste de paye). À cet égard, je ne vois aucune différence entre la prise d'une photocopie et la saisie de l'original. Selon moi, il s'agit là d'une «saisie», au sens de l'arrêt *Dyment*.

Notre Cour a déjà décidé que les *subpoenae duces tecum* constituent des «saisies» pour les fins de l'art. 8 de la *Charte* (*Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 442 (le juge Lamer), 494 (le juge Wilson), 505 (le juge La Forest) et 592 (le juge L'Heureux-Dubé); *McKinlay Transport*, précité, à la p. 642 (le juge Wilson); et *Stelco Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 617). Dans le présent pourvoi, les pouvoirs prévus par la LDCC sont plus étendus qu'une simple demande de production de documents: le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC confère aux inspecteurs le droit d'obtenir des renseignements auprès de l'employeur et des salariés, de même que celui d'exiger la production de documents et d'en prendre copie. Bref, il s'agit d'une véritable «saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Dans un second temps, le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC confère aux inspecteurs un droit d'accès au lieu de travail. Il est intéressant de noter que plusieurs cours d'appel provinciales ont décidé, à quelques reprises, que de tels pouvoirs, qualifiés d'«inspections administratives», étaient assimilables à des «fouilles, perquisitions ou saisies» au sens de l'art. 8 de la *Charte* (voir: *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards* (1985), 20 D.L.R. (4th) 156 (C.A. Ont.), à la p. 158 (le juge en chef associé MacKinnon); *R. c. Quesnel* (1985), 24 C.C.C. (3d) 78 (C.A. Ont.), à la p. 83 (le juge Finlayson), demande de permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada le 22 mai 1986, [1986] 1 R.C.S. xiii; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1986] 3 C.F. 291 (C.A.), aux pp. 324 (le juge Ryan) et 339 et 340 (le juge Hugessen); *Chabot c. Manitoba Horse Racing Commission*, [1987] 1 W.W.R. 149 (C.A. Man.), aux pp. 154 et 155 (le juge Huband),

25, 1987, [1987] 1 S.C.R. xi; *R. v. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (B.C.C.A.), at p. 265 (*per* Macfarlane J.A.); *Ontario Chrysler (1977) Ltd. v. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)*, *supra*, at p. 150; and *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)*, *supra*, at pp. 561-62 (*per* Arbour J.A.)). Such a position does not *a priori* place administrative and regulatory control outside the ambit of the *Charter*.

The Supreme Court of Canada has not yet decided the question of the powers to visit premises, which are conferred under a regulatory legislation and are designed to regulate an industrial sector, such as the ACAD. Obviously, these powers do not constitute a "seizure", since nothing is "taken" by the inspectors. However, in view of the fact that the purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect individuals against unwarranted intrusions by the State (see, *inter alia*, *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 159-60 (*per* Dickson J. (as he then was))); *Dyment*, *supra*, at pp. 427 and 430 (*per* La Forest J.)), I am of the opinion that the right of access to work premises by the inspectors is a power of inspection which may be termed a "perquisition" (search of a place) within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

It cannot be considered a "fouille" (search of a person), since the powers of access to work premises contemplate a physical place. In *Southam Inc. v. Hunter* (1982), 136 D.L.R. (3d) 133 (appeal allowed by the Alberta Court of Appeal at (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, then dismissed by this Court, but not on this point), Cavanagh J. of the Alberta Court of Queen's Bench drew a distinction which, in my view, is appropriate in this regard, at pp. 137-38:

Having regard to all of that I then say that I accept the word "fouille" in s. 8 as having to do with searches of the person and the word "perquisition" as having to do with searches of a place while the English word ["search"] covers both senses. I therefore find no conflict between the French and the English versions of s. 8.

demande de permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada le 25 juin 1987; [1987] 1 R.C.S. xi; *R. c. Bichel*, [1986] 5 W.W.R. 261 (C.A.C.-B.), à la p. 265 (le juge Macfarlane); *Ontario Chrysler (1977) Ltd. c. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)*, précité, à la p. 150; et *Johnson c. Ontario (Minister of Revenue)*, précité, aux pp. 561 et 562 (le juge Arbour)). Une telle position n'exclut pas, *a priori*, les contrôles administratifs et réglementaires de la portée de la *Charte*.

La Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée sur des pouvoirs de visite de lieux, autorisés en vertu d'une loi à caractère réglementaire visant à réglementer un secteur de l'industrie, comme la LDCC. Il est manifeste que ces pouvoirs ne constituent pas une «saisie», puisque rien n'est «pris» par les inspecteurs. Cependant, compte tenu que l'art. 8 de la *Charte* a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État (voir, entre autres: *Hunter c. Southam Inc.*, précité, aux pp. 159 et 160 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef))); *Dyment*, précité, aux pp. 427 et 430 (le juge La Forest)), je suis d'avis que le droit d'accès aux lieux de travail par les inspecteurs est un pouvoir d'inspection qui peut être qualifié de «perquisition» au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Il ne saurait s'agir d'une «fouille», puisque les pouvoirs d'accès aux lieux de travail visent un endroit physique. Le juge Cavanagh de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *Southam Inc. c. Hunter* (1982), 136 D.L.R. (3d) 133 (poursuivi accueilli par la Cour d'appel de l'Alberta à (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, puis rejeté par notre Cour, mais non sur cette question), a, à mon avis, fait les distinctions qui s'imposent à cet égard, lorsqu'il dit, aux pp. 137 et 138:

[TRADUCTION] Compte tenu de tout cela, j'accepte donc que le mot «fouille» à l'art. 8 s'applique aux personnes et que le mot «perquisition» s'applique aux lieux, tandis que le mot anglais [«search»] vise les deux. Je ne vois, par conséquent, aucune contradiction entre les versions française et anglaise de l'art. 8.

The fact that these powers of inspection might constitute a "search" within the meaning of s. 8 of the *Charter* does not, however, change their nature. They do not necessarily become powers of search similar to those found in criminal law. The term "search" in s. 8 cannot be limited to searches of a criminal nature. It may encompass, *inter alia*, various sorts of access, in the context of administrative law or in criminal matters; this may, however, result in differences in the scope of the constitutional guarantee (see: *R. v. J.M.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 455 (Ont. C.A.), at pp. 459-61 (Grange J.A.), leave to appeal refused by the Supreme Court of Canada on January 27, 1987, [1987] 1 S.C.R. ix). To conclude otherwise would amount to unduly minimize the purpose of the guarantee against "unreasonable search or seizure", which does not seem desirable. In short, although this is an administrative inspection, nonetheless the access to work premises conferred by the ACAD is comparable to a "search", and as such is subject to s. 8 of the *Charter*. This conclusion does not, however, mean that the standard of reasonableness will necessarily be as strict in a matter involving the regulation of an industrial sector as it is in criminal matters.

I, therefore, conclude that the powers conferred on inspectors by the second paragraph of s. 22(e) ACAD are all subject to the constitutional protection of s. 8 of the *Charter*, since they permit the inspectors to carry out "seizures" and "searches" within the meaning of that section.

Given these premises, are these powers of search and seizure unreasonable?

B. Reasonableness of Powers of Inspection Conferred by the Second Paragraph of Section 22(e) ACAD

In accordance with the terms of s. 8 of the *Charter*, the second stage of this analysis is to determine whether the powers of search and seizure conferred on the inspectors by the ACAD are unreasonable having regard to an employer's rea-

Le fait que ces pouvoirs d'inspection puissent constituer une «perquisition» au sens de l'art. 8 de la *Charte* n'en modifie toutefois pas la nature. Ils ne deviennent pas pour autant des pouvoirs de perquisition similaires à ceux qu'on retrouve en droit criminel. Le terme «perquisition» figurant à l'art. 8 ne saurait se limiter à des perquisitions de nature criminelle. Il peut englober, entre autres, différents genres d'accès, soient-ils dans le cadre du droit administratif comme en matière criminelle, ce qui peut cependant engendrer des différences sur le plan de l'étendue de la garantie constitutionnelle (voir: *R. c. J.M.G.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 455 (C.A. Ont.), aux pp. 459 à 461 (le juge Grange), demande de permission refusée par la Cour suprême du Canada le 27 janvier 1987, [1987] 1 R.C.S. ix). Conclure autrement reviendrait à minimiser outre mesure la réalisation de l'objet de la garantie contre les «fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», ce qui ne semble pas souhaitable. Bref, bien qu'il s'agisse d'une inspection administrative, il reste que l'accès aux lieux de travail conféré par la LDCC est assimilable à une «perquisition», de sorte qu'il est soumis à l'art. 8 de la *Charte*. Cette conclusion ne signifie pas, cependant, que la norme du caractère raisonnable sera nécessairement aussi stricte en matière de réglementation d'un secteur de l'industrie qu'en matière criminelle.

Je conclus donc que l'ensemble des pouvoirs conférés aux inspecteurs par le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC est assujéti à la protection constitutionnelle de l'art. 8 de la *Charte*, puisqu'ils permettent aux inspecteurs de procéder à des «saisies» et «perquisitions» au sens de cet article.

Ces prémisses posées, ces pouvoirs de perquisition et de saisie sont-ils abusifs?

B. Le caractère raisonnable des pouvoirs d'inspection prévus au deuxième alinéa du par. 22e) LDCC

Conformément au texte de l'art. 8 de la *Charte*, la seconde étape de cette analyse consiste à établir si les pouvoirs de saisie et de perquisition conférés aux inspecteurs par la LDCC sont abusifs au regard des attentes raisonnables dont jouissent les

sonable expectation of privacy. I would note, at the outset, that while employers may claim to have certain expectations of privacy against regulatory control, such as the control whose constitutionality is at issue here, these expectations are limited.

The second paragraph of s. 22(e) *ACAD* seems reasonable to me in view of the importance of the purpose of the *ACAD* and the concomitant need for powers of inspection to ensure its implementation. Through its mechanism for extending collective agreements by decree, the *ACAD* guarantees employees working in certain sectors of activity minimum working conditions that they would not otherwise enjoy. In so doing, the *ACAD* bases competition between businesses having the same kind of activity on factors other than working conditions. These social objectives are all the more important as the employees covered by the decrees are among the most vulnerable (small businesses, low level of unionization and so on). Fish J.A. of the Court of Appeal himself noted this primary objective of the *ACAD*, that is, the guarantee given to workers in certain sectors that they would enjoy minimum working conditions (at p. 1746):

[TRANSLATION] The A.C.A.D. was adopted in its initial form in 1934 (*Collective Labour Agreements Extension Act*, S.Q. 1934, c. 56), at a time when the labour movement was struggling to establish itself. It made it possible by a technique of legal extension to subject to one and the same collective agreement an entire sector of activity, such as for example the leather glove industry, the women's hats industry and the men's shirts industry. It thus ensured minimum employment conditions for employees in these sectors.

In this context, the powers of inspection of the parity committees (including the appellant Comité paritaire de l'industrie de la chemise), which have a legislative mandate to carry out the implementation of the *ACAD* and decrees (pursuant to s. 16 *ACAD*, set out above), are essential, particularly as compliance with the latter is primarily a matter of honesty and integrity on the part of employers. Inspectors are required to exercise their powers in accordance with the purpose of the *ACAD*. Any

employeurs en matière de vie privée. Je note, tout d'abord, que bien que les employeurs puissent se réclamer de certaines attentes en matière de vie privée à l'encontre d'un contrôle réglementaire tel celui dont la constitutionnalité est soulevée en l'espèce, ces attentes sont réduites.

Le deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC* me semble raisonnable compte tenu de l'importance de l'objet de la *LDCC* et de la nécessité corrélative des pouvoirs d'inspection pour en assurer l'application. La *LDCC*, par son mécanisme d'extension des conventions collectives par décret, garantit aux salariés qui travaillent dans certains secteurs d'activités des conditions minimales de travail dont ils ne pourraient bénéficier autrement. Ce faisant, la *LDCC* fait reposer la concurrence entre les entreprises qui ont le même genre d'activités sur des facteurs autres que les conditions de travail. Ces objectifs à caractère social sont d'autant plus importants que les salariés visés par les décrets comptent parmi les plus vulnérables (petite entreprise, faible syndicalisation, etc.). Le juge Fish de la Cour d'appel souligne d'ailleurs cet objectif premier de la *LDCC*, c'est-à-dire la garantie offerte aux travailleurs de certains secteurs de jouir de conditions de travail minimales (à la p. 1746):

La L.D.C.C. a été adoptée dans sa forme initiale en 1934 (*Loi relative à l'extension des conventions collectives de travail*, S.Q. 1934, ch. 56), à une époque où le mouvement syndical était encore en pleine lutte d'implantation. Elle permet par une technique d'extension juridique d'assujettir à une même convention collective tout un secteur d'activités comme, par exemple, l'industrie du gant de cuir, de la chapellerie pour dames et de la chemise pour hommes. Elle assure ainsi aux employés de ces secteurs des normes minimales de conditions d'emploi.

Dans ce contexte, les pouvoirs d'inspection des comités paritaires (dont l'appelant le Comité paritaire de l'industrie de la chemise), qui ont le mandat législatif de voir à l'application de la *LDCC* et des décrets (en vertu de l'art. 16 *LDCC*, reproduit plus haut), sont essentiels, d'autant plus que le respect de ces derniers relève avant tout de l'honnêteté et de l'intégrité des employeurs. Les inspecteurs sont tenus d'exercer leurs pouvoirs en respectant l'objet de la *LDCC*. Les abus que pour-

abuses which inspectors may commit would in any case be subject to penalties (see, *inter alia*, s. 24 ACAD, set out above).

In *Thomson Newspapers* and *McKinlay Transport*, *supra*, the Court clearly expressed how the legal nature of legislation affects expectations of privacy. In *Thomson Newspapers* La Forest J. wrote, at p. 507:

It follows that there can only be a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. In a society in which the need for effective regulation of certain spheres of private activity is recognized and acted upon, state inspection of premises and documents is a routine and expected feature of participation in such activity. [Emphasis added.]

To this may be added the fact that the documents to which s. 22(e) ACAD applies, relate only to the coverage of employers by the ACAD and various decrees. The content of most of these documents is in any case required by the ACAD or other legislation. Section 1 of the *Regulation respecting a Registration System or the Keeping of a Register*, R.R.Q. 1981, c. N-1.1, r. 6, adopted pursuant to the *Act respecting Labour Standards*, R.S.Q., c. N-1.1, requires an employer to keep a register compiling various information, including the employee's name, the wage rate and so on. Similarly, the keeping of detailed registers and books of account is mandated *inter alia* by s. 230 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 34 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, and s. 58 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (am. by S.C. 1991, c. 49, s. 227).

In addition, the expectations which employers may have as to the protection of their privacy from the exercise of the powers conferred by the second paragraph of s. 22(e) ACAD are further reduced by the fact that the latter are exercised at the employees' workplace, even discounting the fact that the right of access conferred by the Act is relatively limited.

raient commettre les inspecteurs seraient d'ailleurs susceptibles de donner lieu à des sanctions (voir, entre autres, l'art. 24 LDCC, reproduit plus haut).

^a Dans les arrêts *Thomson Newspapers* et *McKinlay Transport*, précités, nous avons clairement exposé l'incidence de la nature juridique d'une loi sur les attentes en matière de vie privée. Le juge La Forest écrivait, à la p. 507 de l'arrêt *Thomson Newspapers*:

^b Il s'ensuit que les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État. Dans une société où l'on reconnaît le besoin de réglementer efficacement certains domaines d'activités privées et où l'on y donne suite, l'inspection de lieux et de documents par l'État est un aspect routinier auquel les particuliers s'attendent en exerçant cette activité. [Je souligne.]

^c À cela s'ajoute le fait que les documents visés par le par. 22(e) LDCC ne s'intéressent qu'à l'assujettissement des employeurs à la LDCC et aux différents décrets. La tenue de la plupart de ces documents est d'ailleurs exigée par la LDCC ou par d'autres lois. En effet, l'art. 1 du *Règlement sur la tenue d'un système d'enregistrement ou d'un registre*, R.R.Q. 1981, ch. N-1.1, r. 6, adopté en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, exige d'un employeur la tenue d'un registre comprenant divers renseignements, dont le nom du salarié, le taux de salaire, etc. De même, la tenue de registres et de livres de comptes détaillés est imposée, notamment, en vertu de l'art. 230 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), de l'art. 34 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, et de l'art. 58 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1 (mod. par S.C. 1991, ch. 49, art. 227).

^d En outre, les attentes que peuvent entretenir les employeurs quant à la protection de leur vie privée, à l'encontre de l'exercice des pouvoirs prévus au deuxième alinéa du par. 22(e) LDCC, sont également réduites du fait que ceux-ci s'exercent au lieu de travail des salariés, sans compter que le droit d'accès conféré par la Loi est relativement limité.

The exercise of the powers conferred by the second paragraph of s. 22(e) ACAD, though applying primarily to documents of a commercial nature, could, however, potentially result in the seizure of documents likely to contain information "which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual", which is protected by the *Charter* (*Plant, supra*, at p. 293). "Administrative inspection" pursuant to the ACAD might perhaps take in more than simple computerized records indicating the level of electricity consumption as in *Plant*. I would note, however, that the mere possibility of seizure of information of a personal nature cannot by itself determine whether the powers conferred by the ACAD are reasonable. The ACAD does not authorize the seizure of such documents, and in the event that such documents would be seized, one could always apply to the courts for an appropriate remedy (cf. reasons of La Forest J., dissenting, in *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at pp. 366-67).

Thus, the expectations of privacy which employers covered by the disputed provision may have, are not very high. The respondents in fact conceded this.

The rules in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, requiring a system of prior authorization based on the existence of reasonable and probable grounds, simply do not apply to administrative inspections, like those at issue here, in the case of a regulated industrial sector. The ACAD is regulatory legislation providing for administrative inspections in a regulated industrial sector, subject to a decree. In a regulated industry, the employer expects to have to keep a number of registers and books, including the registration system, the compulsory register and the pay-list. In *Hunter v. Southam Inc.*, s. 10(3), and, by implication, s. 10(1), of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, were in issue. Although the investigation set out in those provisions could be termed "administrative", its scope was extremely broad in that the duly authorized inspectors could "enter any premises",

L'exercice des pouvoirs conférés par le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC, s'appliquant principalement à des documents de nature commerciale, pourrait, toutefois, éventuellement donner lieu à la saisie de documents susceptibles de contenir des renseignements «tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu», ce qui est protégé par la *Charte* (*Plant*, précité, à la p. 293). L'«inspection administrative» prévue à la LDCC a peut-être une portée plus étendue que l'inspection de simples dossiers informatisés indiquant le niveau de consommation d'électricité comme dans *Plant*. Je note, toutefois, que la saisie possible d'éléments à caractère personnel ne saurait, à elle seule, influencer le caractère de raisonnable des pouvoirs conférés par la LDCC. En effet, la LDCC n'autorise pas la saisie de tels documents et, dans l'éventualité où de tels documents seraient saisis, il serait toujours possible de s'adresser aux tribunaux pour exiger un redressement approprié (cf. motifs du juge La Forest, dissident, dans *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, aux pp. 366 et 367).

Ainsi, les attentes en matière de vie privée que peuvent entretenir les employeurs visés par la disposition contestée ne sont pas très élevées. Les intimés le concèdent d'ailleurs.

Les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, exigeant un système d'autorisations préalables basées sur l'existence de motifs raisonnables et probables ne s'appliquent tout simplement pas dans le cadre d'inspections administratives, comme celles ici visées, lorsqu'il s'agit d'un secteur réglementé de l'industrie. En effet, la LDCC est une loi à caractère réglementaire prévoyant des inspections administratives dans un secteur réglementé de l'industrie, sujet à un décret. Dans une industrie réglementée, l'employeur s'attend à devoir tenir plusieurs registres et livres, dont le système d'enregistrement, le registre obligatoire et la liste de paye. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, étaient en jeu le par. 10(3), et implicitement, le par. 10(1), de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Bien que pouvant être qualifiée d'«administrative», la portée de

“examine any thing on the premises and . . . copy or take away for further examination or copying any book, paper, record or other document . . .” (emphasis added). In addition, the disputed Act was not primarily limited to a regulated industrial sector, as are the ACAD and the decrees adopted thereunder, but instead covered “any premises”, an expression that was not defined. In such a situation, expectations of privacy were much higher than those an employer may have here. In *Hunter v. Southam Inc.*, Dickson J. was led by all of these circumstances to consider s. 10(1) and (3) of the *Combines Investigation Act* to be unreasonable, and to require a system of prior authorization based on the existence of reasonable and probable grounds. The fact that the disputed Act was not limited to regulated industries meant that the strict requirements generally found in criminal law were applied to it, even though the purposes of the Act were administrative. The ACAD, the legislation at issue here, also serves administrative purposes, but it relates primarily to a regulated industrial sector and authorizes a very circumscribed intrusion. Accordingly, the strict rules in *Hunter v. Southam Inc.*, cannot be applied to the seizures and searches provided for by the ACAD. (In this regard, see also the reasons of La Forest J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 520-21.)

Accordingly, the regulatory nature of the ACAD and the fact that it covers a regulated industrial sector qualify the interpretation that must be given to the guarantee contained in s. 8 of the *Charter* in this context.

The importance of a contextual approach in considering constitutional guarantees has been noted in several judgments of this Court: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56 (*per* Wilson J.); *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47 (*per*

l'enquête prévue par ces dispositions était extrêmement étendue en ce que les inspecteurs dûment autorisés pouvaient «pénétrer dans tout local», «examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en faire un plus ample examen ou pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce . . .» (je souligne). De plus, la loi contestée ne se limitait pas principalement à un secteur réglementé de l'industrie, comme le font la LDCC et les décrets adoptés en vertu de cette dernière, mais visait plutôt «tout local», terme non défini. Dans une telle situation, les attentes en matière de vie privée étaient beaucoup plus élevées que celles que peut avoir l'employeur ici. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, c'est l'ensemble de ces circonstances qui ont amené le juge Dickson à considérer les par. 10(1) et (3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* comme abusifs, exigeant un système d'autorisations préalables basées sur l'existence de motifs raisonnables et probables. En effet, le fait que la loi contestée ne soit pas limitée à des industries réglementées a fait en sorte qu'on lui a appliqué les exigences strictes relevant généralement du droit criminel, même si cette dernière servait des fins administratives. La LDCC ici en cause sert également des fins administratives, mais vise principalement un secteur réglementé de l'industrie et autorise une intrusion bien délimitée. Les critères stricts de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* ne sauraient, par conséquent, s'appliquer aux saisies et perquisitions prévues par la LDCC. (À cet égard, voir également les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 520 et 521.)

En conséquence, la nature réglementaire de la LDCC et le fait qu'elle vise un secteur réglementé de l'industrie modulent l'interprétation qui doit être donnée à la garantie prévue à l'art. 8 de la *Charte* dans ce contexte.

L'importance d'une approche contextuelle dans l'examen des garanties constitutionnelles a été soulignée dans plusieurs décisions de notre Cour: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355 et 1356 (le juge Wilson); *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232,

McLachlin J.); *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737 (per Dickson C.J.); *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at pp. 192-93 (per L'Heureux-Dubé J.) and 245-46 (per McLachlin J.); *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647 (per L'Heureux-Dubé J.); *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 98 (per L'Heureux-Dubé J.) and 124 (per McLachlin J.). In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, which, as here, concerned an offence of a regulatory nature, Cory J. said the following at pp. 226-27:

It is now clear that the *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. Context is relevant both with respect to the delineation of the meaning and the scope of *Charter* rights, as well as to the determination of the balance to be struck between individual rights and the interests of society.

A contextual approach is particularly appropriate in the present case to take account of the regulatory nature of the offence and its place within a larger scheme of public welfare legislation. This approach requires that the rights asserted by the appellant be considered in light of the regulatory context in which the claim is situated, acknowledging that a *Charter* right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one.

Under the contextual approach, constitutional standards developed in the criminal context cannot be applied automatically to regulatory offences. Rather the content of the *Charter* right must be determined only after an examination of all relevant factors and in light of the essential differences between the two classes of prohibited activity. This was the approach taken in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, where La Forest J. stressed the importance of the regulatory nature of the statute in determining the scope of s. 8 of the *Charter* as applied to the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23].

The contextual approach further requires that the appellant's claim be considered and weighed in light of the realities of a modern industrial society, where the regulation of innumerable activities is essential for the

aux pp. 246 et 247 (le juge McLachlin); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737 (le juge en chef Dickson); *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, aux pp. 192 et 193 (le juge L'Heureux-Dubé) et 245 et 246 (le juge McLachlin); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647 (le juge L'Heureux-Dubé); *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pp. 98 (le juge L'Heureux-Dubé) et 124 (le juge McLachlin). Le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, où il s'agissait comme ici d'une infraction de nature réglementaire, s'exprime ainsi, aux pp. 226 et 227:

Il est désormais clair que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la *Charte* et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société.

Il est particulièrement approprié en l'espèce d'utiliser la méthode contextuelle afin de tenir compte de la nature réglementaire de l'infraction et de sa présence dans un régime plus global de dispositions législatives visant à assurer le bien-être public. Cette méthode exige qu'on examine les droits revendiqués par l'appelante en tenant compte du cadre réglementaire dans lequel se situe la demande, tout en reconnaissant qu'un droit garanti par la *Charte* peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit.

Suivant la méthode contextuelle, les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires. La portée du droit garanti par la *Charte* doit plutôt être déterminée seulement au moyen d'un examen de tous les éléments pertinents, et en fonction des différences essentielles entre les deux catégories d'activités prohibées. Telle a été la méthode adoptée dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, où le juge La Forest a insisté sur l'importance de la nature réglementaire de la loi pour déterminer la portée de l'art. 8 de la *Charte* au regard de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23].

La méthode contextuelle exige en outre que la demande de l'appelante soit examinée et appréciée en fonction des réalités d'une société industrielle moderne où la réglementation d'innombrables activités est essen-

benefit of all. It is vital that the fundamentally important role of regulatory legislation in the protection of individuals and groups in Canadian society today be recognized and accepted. Canadians rely on and expect their governments to regulate and control activities which may be dangerous to others. In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, Wilson J. noted the special role of the state in life in Canada. At page 356 of her reasons she wrote:

Canadians recognize that government has traditionally had and continues to have an important role to play in the creation and preservation of a just Canadian society. . . . It is, in my view, untenable to suggest that freedom is co-extensive with the absence of government. Experience shows the contrary, that freedom has often required the intervention and protection of government against private action.

The scale and importance of public welfare legislation in Canada is such that a contextual approach must be taken to the issues raised in this appeal. [Emphasis added.]

Noting the regulatory nature of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (formerly the *Combines Investigation Act*), Cory J. went on to say at p. 232:

By virtue of the decision to enter the regulated field, the regulated person [in the case at bar the respondents Sélection Milton and Jonathan Potash] can be taken to have accepted certain terms and conditions of entry. To paraphrase La Forest J., the procedural and substantive protections a person can reasonably expect may vary depending upon the activity that brings that person into contact with the state. Thus the extent of *Charter* protection may differ depending upon whether the activity in question is regulatory or criminal in nature. [Emphasis added.]

These comments do apply to the present appeal since the *ACAD* is of a strictly regulatory nature. The penalties imposed by s. 33 are only there to ensure that the provisions of the Act will be implemented and to achieve the purpose of the regulation, which is to guarantee minimum standards in working conditions of employees in the men's and boys' shirt-making sector of the industry.

tielle pour assurer le bien-être de tous. Il est crucial de reconnaître et d'accepter le rôle fondamentalement important des lois de nature réglementaire dans la protection des particuliers et des groupes dans la société canadienne moderne. Les Canadiens attendent de leurs gouvernements qu'ils réglementent et contrôlent les activités qui peuvent se révéler dangereuses. Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge Wilson a signalé le rôle particulier de l'État dans la vie quotidienne au Canada. Elle écrit à la p. 356:

Les Canadiens reconnaissent que le gouvernement a traditionnellement eu et continue d'avoir un rôle important à jouer dans la création et le maintien d'une société canadienne juste (. . .) J'estime qu'on ne peut pas laisser entendre que la liberté correspond à l'absence d'intervention gouvernementale. L'expérience démontre le contraire, que la liberté a souvent requis l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée.

L'étendue et l'importance des lois assurant le bien-être public au Canada sont telles qu'il est nécessaire de suivre la méthode contextuelle pour répondre aux questions soulevées dans le présent pourvoi. [Je souligne.]

Constatant la nature réglementaire de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23 (auparavant la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*), le juge Cory ajoute, à la p. 232:

En raison de la décision qu'elle a prise de s'engager dans le domaine réglementé, on peut considérer que la personne assujettie à la réglementation [en l'espèce, les intimés Sélection Milton et Jonathan Potash] a accepté certaines conditions d'entrée. Pour reprendre les termes du juge La Forest, on peut dire que la protection quant à la procédure et quant au fond à laquelle le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. La protection offerte par la *Charte* peut donc varier selon que l'activité en cause est de nature réglementaire ou de nature criminelle. [Je souligne.]

Ces propos doivent recevoir application dans le présent pourvoi, où la *LDCC* est de nature strictement réglementaire. Les peines prescrites à l'art. 33 ne sont prévues qu'afin d'assurer l'exécution des dispositions de la Loi et d'atteindre ainsi l'objectif de la réglementation, qui est d'assurer des normes minimales de conditions d'emploi aux employés du secteur de l'industrie de la chemise pour hommes et garçons.

The seizures and searches at issue in this appeal therefore seem, at first sight, not to be unreasonable and to comply with s. 8 of the *Charter*. I now propose to consider in detail the following points raised in relation to the reasonableness of the powers conferred by the second paragraph of s. 22(e) *ACAD*:

- (1) access to the workplace for inspection purposes without a warrant being required; *b*
- (2) the use of the powers of inspection on the basis of a complaint and not of the existence of reasonable and probable grounds; *c*
- (3) the application of the powers of inspection to all employers; and
- (4) the application of the powers of inspection to the documents eventually inspected. *d*

1. Access to Workplace

In addition to the power to examine certain documents or to order their production, one feature of the Act provides for access to the workplace in order to obtain information from the employer and its employees. Accordingly, the question arises as to whether these powers of inspection, which are comparable to a "search" within the meaning of s. 8 of the *Charter*, and which are exercised without prior authorization, are reasonable.

(i) *Canadian Position*

Several provincial courts of appeal have held that administrative inspections involving a visit to the premises were not unreasonable invasions of privacy and have consequently refused to apply the strict rules set out in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra* (e.g., *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards*, *supra*, at p. 159; *R. v. Quesnel*, *supra*, at p. 83; *Bertram S. Miller Ltd. v. R.*, *supra*, at p. 324 (*per* Ryan J.) and pp. 342-43 (*per* Hugessen J.A.); *R. v. Bichel*, *supra*, at pp. 272-73).

Les saisies et perquisitions en litige dans le présent pourvoi semblent donc, de prime abord, ne pas être abusives et respecter l'art. 8 de la *Charte*. Je me propose maintenant d'aborder en détail les considérations suivantes soulevées à l'égard du caractère raisonnable des pouvoirs conférés par le deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC*:

- (1) l'accès au lieu de travail pour les fins de l'inspection sans l'exigence d'un mandat préalable;
- (2) l'utilisation des pouvoirs d'inspection à la suite d'une plainte, et non pas à la suite de l'existence de motifs raisonnables et probables;
- (3) la portée des pouvoirs d'inspection à l'égard des tous les employeurs; et
- (4) la portée des pouvoirs d'inspection à l'égard des documents éventuellement inspectés.

1. L'accès au lieu de travail

À la possibilité d'examiner certains documents ou d'ordonner leur production s'ajoute celle d'exiger l'accès au lieu de travail afin d'obtenir des renseignements auprès de l'employeur et de ses employés. Se pose donc la question du caractère raisonnable de ces pouvoirs d'inspection, assimilables à une «perquisition» au sens de l'art. 8 de la *Charte*, qui sont exercés sans autorisation préalable.

(i) *La position canadienne*

Plusieurs cours d'appel provinciales ont jugé que les inspections administratives prévoyant la visite des lieux n'étaient pas abusives en regard du droit à la vie privée et ont, en conséquence, refusé d'appliquer les critères stricts énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. (Par exemple: *Re Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards*, précité, à la p. 159; *R. c. Quesnel*, précité, à la p. 83; *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, précité, aux pp. 324 (le juge Ryan) et 342 et 343 (le juge Hugessen); et *R. c. Bichel*, précité, aux pp. 272 et 273.)

Furthermore, though it was not essential to rule on this point in *Thomson Newspapers*, *supra*, since the sole validity of the power to order the production of documents was at issue, La Forest J. wrote at p. 507:

In many cases, this regulation must necessarily involve the inspection of private premises or documents by agents of the state. The restaurateur's compliance with public health regulations, the employer's compliance with employment standards and safety legislation, and the developer's or homeowner's compliance with building codes or zoning regulations, can only be tested by inspection, and perhaps unannounced inspection, of their premises. Similarly, compliance with minimum wage, employment equity and human rights legislation can often only be assessed by inspection of the employer's files and records.

I observed, with respect to the production of documents, that (at p. 594):

... the existence of a mechanism of discovery is necessary in order to properly serve the regulatory objective of the legislation. That the mandatory production of corporate documents is rationally connected to the Act's main purpose is in my view clear. [Emphasis added.]

Similarly, to paraphrase, the visit of the premises must be "necessary in order to properly serve the regulatory objective of the [ACAD]" and be "rationally connected to the [ACAD]'s main purpose". Seen in this way, the right of access to the workplace conferred on inspectors by the second paragraph of s. 22(e) ACAD seems to me to be reasonable, especially in view of, on the one hand, the regulatory context in which it is to be exercised and, on the other, the limited nature of the right of access. In this regard, the visit takes place at the employees' workplace. Moreover, the inspectors cannot freely engage in a search of the premises. The ACAD significantly circumscribes the manner in which the inspection will take place: access to the workplace is permitted solely in order to consult certain documents and obtain information from the employer and employees. Further, clear limits are set to the right of access in that the visit

De plus, bien qu'il n'était pas indispensable de se prononcer sur cette question dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, puisque seule la validité du pouvoir d'ordonner la production de documents était en cause, le juge La Forest écrivait, à la p. 507:

Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore, celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur.

J'observais, à l'égard de la production de documents, que (à la p. 594):

... de toute nécessité, un mécanisme de communication de documents doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation de la Loi. Il est clair, selon moi, que la production obligatoire des documents d'une société est logiquement liée à l'objet principal de la Loi. [Je souligne.]

De même, pour paraphraser, la visite des lieux «doit exister afin de bien satisfaire à l'objectif de réglementation de la [LDCC]» et «est logiquement liée à l'objet principal de la [LDCC]». Ainsi, dans cette optique, la possibilité d'accéder aux lieux de travail conférée aux inspecteurs par le second alinéa du par. 22e) LDCC m'apparaît raisonnable, surtout compte tenu, d'une part, du contexte réglementaire dans lequel son exécution s'inscrit et, d'autre part, du caractère limité du droit d'accès. À cet égard, la visite s'effectue au lieu de travail des salariés. Les inspecteurs ne peuvent d'ailleurs librement s'adonner à la perquisition des lieux. La LDCC circonscrit de manière importante le déroulement de l'inspection: l'accès au lieu de travail est permis dans l'unique but de consulter certains documents et d'obtenir auprès de l'employeur et des salariés des renseignements. De plus, le droit d'accès est balisé en ce sens que la visite ne peut

can only be made at a reasonable time. Finally, the ACAD does not permit inspectors to use force to gain access to the workplace. In the event of a refusal by the employer, the inspectors can only lay charges under s. 33 ACAD for obstruction of an inspection, as was done in the present case.

Notwithstanding the regulatory nature of the ACAD, the respondents argued that, in trade and administrative inspection matters in Canada, there should be a requirement of prior authorization similar to that of the "administrative warrant" developed by the U.S. jurisprudence. A brief review of the state of the law in the U.S. in this regard actually leads me to favour the contrary position, namely the absence of any requirement of an administrative warrant.

(ii) *U.S. Position*

The Fourth Amendment protects what is now called a "reasonable expectation of privacy" (*Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 361 (per Harlan J.)). The fundamental rule on administrative inspections was stated in *Camara v. Municipal Court of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967), and *See v. City of Seattle*, 387 U.S. 541 (1967). This rule is primarily based on the wording of the Fourth Amendment which provides that: "The right of the people to be secure . . . against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause . . ." (emphasis added).

Although preserving the distinction between criminal and civil proceedings, the U.S. Supreme Court considered that a warrant should first be obtained before undertaking an administrative inspection: this was the origin of the "administrative warrant". However, the Court recognized that the requirements in administrative matters are lower and more flexible. It is not necessary to establish reasonable and probable grounds as in criminal law, only to establish a proper balance between the interests of government and those of individuals. In *Camara*, for example, inspectors

être faite qu'à une heure raisonnable. Enfin, la LDCC ne permet pas aux inspecteurs d'utiliser la force pour accéder au lieu de travail. En cas de refus par l'employeur, les inspecteurs ne peuvent qu'intenter une poursuite en vertu de l'art. 33 LDCC pour entrave à l'inspection, comme ce fut le cas dans le présent pourvoi.

Nonobstant le caractère réglementaire de la LDCC, les intimés prétendent qu'il devrait exister au Canada, en matière de commerce et d'inspection administrative, un mécanisme d'autorisation préalable analogue à celui du «mandat administratif» développé par la jurisprudence américaine. Un bref examen de l'état du droit aux États-Unis à cet égard m'amène plutôt à favoriser une position contraire, c'est-à-dire l'absence d'une exigence de mandat administratif.

(ii) *La position américaine*

Le Quatrième amendement protège ce qu'on appelle désormais une «expectative raisonnable de vie privée» (*Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 361 (le juge Harlan)). La règle de principe à l'égard des inspections administratives a été énoncée dans les arrêts *Camara c. Municipal Court of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967), et *See c. City of Seattle*, 387 U.S. 541 (1967). Cette règle est fondée en majeure partie sur le libellé du Quatrième amendement qui prévoit que: [TRADUCTION] «Le droit des citoyens à la protection [. . .] contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour une cause probable . . .» (je souligne).

Bien que conservant la distinction entre les matières criminelles et civiles, la Cour suprême des États-Unis fut d'avis qu'un mandat doit être préalablement obtenu avant de procéder à une inspection administrative; ce fut la naissance du «mandat administratif». Cependant, la Cour a reconnu que les exigences en matière administrative sont moindres, plus flexibles. En effet, il n'est pas nécessaire d'établir des motifs raisonnables et probables comme en droit criminel, mais plutôt d'établir un juste équilibre entre les intérêts gouvernementaux et ceux des particuliers. Par

would have had to prove the nature of the municipal inspection program, the effect of the passage of time, the nature of the buildings in question and the condition of the area to be inspected.

This rule established by *Camara* and *See* was eroded in cases such as *Colonnade Catering Corp. v. United States*, 397 U.S. 72 (1970), and *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972). However, these cases were treated in later decisions (*Marshall v. Barlow's Inc.*, 436 U.S. 307 (1978), and *Donovan v. Dewey*, 452 U.S. 594 (1981)) as exceptions to the general rule set in *Camara* and *See*. In *Colonnade Catering*, the U.S. Supreme Court held that a statute authorizing the inspection without a warrant of the premises of a liquor dealer holding a permit, did not violate the Fourth Amendment. The Court justified this exception by reference to the fact that the liquor industry had long been subject to this type of inspection (first exception). In *Biswell*, *supra*, a second exception was created for weapons dealers holding permits. Although the industry was not subject to a long-standing regulation, the Court felt that it was very heavily regulated (second exception).

After retreating somewhat in *Marshall*, the Court in *Donovan* created a third exception to the general rule that an administrative warrant is necessary.

In *New York v. Burger*, 482 U.S. 691 (1987), the Court decided that legislation authorizing the administrative inspection of an automobile junkyard without a warrant fell within the exception established by *Biswell*, as the "scrap iron" industry was very heavily regulated. Brennan J., dissenting in that decision, summed up the present state of U.S. law as follows (at pp. 718 and 721):

As a result, the Court renders virtually meaningless the general rule that a warrant is required for administrative searches of commercial property.

exemple, dans *Camara*, les inspecteurs auraient dû prouver la nature du programme municipal d'inspection, l'effet du passage du temps, la nature des bâtiments en cause et l'état du secteur à inspecter.

Cette règle établie par *Camara* et *See* connut un retour en arrière avec les arrêts *Colonnade Catering Corp. c. United States*, 397 U.S. 72 (1970), et *United States c. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972). Ces arrêts furent cependant considérés par la jurisprudence postérieure (*Marshall c. Barlow's Inc.*, 436 U.S. 307 (1978), et *Donovan c. Dewey*, 452 U.S. 594 (1981)) comme étant des exceptions à la règle générale de *Camara* et *See*. Dans *Colonnade Catering*, la Cour suprême des États-Unis décida qu'une loi autorisant l'inspection sans mandat de l'établissement d'un commerçant d'alcool détenant un permis ne violait pas le Quatrième amendement. La Cour justifia cette exception en invoquant le fait que l'industrie de l'alcool était sujette depuis longtemps à ce genre d'inspection (première exception). Dans l'arrêt *Biswell*, précité, une seconde exception fut créée en faveur des marchands d'arme possédant un permis. Même si l'industrie n'était pas réglementée depuis longtemps, la Cour estima qu'elle l'était très fortement (deuxième exception).

Après un certain retour en arrière dans l'arrêt *Marshall*, la Cour créa dans *Donovan* une troisième exception à la règle générale de la nécessité du mandat administratif.

Dans *New York c. Burger*, 482 U.S. 691 (1987), la Cour fut d'opinion qu'une loi permettant l'inspection administrative sans mandat d'un cimetière de voitures (*automobile junkyard*) tombait dans l'exception, établie par l'arrêt *Biswell*, selon laquelle l'industrie de la « ferraille de voiture » était très fortement réglementée. En dissidence dans cet arrêt, le juge Brennan résumait ainsi l'état actuel du droit américain (aux pp. 718 et 721):

[TRADUCTION] En conséquence, la Cour vide de presque tout son sens la règle générale voulant qu'un mandat soit requis pour effectuer des inspections administratives dans des établissements commerciaux.

Under these circumstances, the warrant requirement is the exception not the rule, and *See* has been constructively overruled.

Robert C. Maybank ("Constitutional requirements for administrative warrants in Canada and the United States: Opposite trends?" (1989), 39 *U.T.L.J.* 55, at p. 68) expressed a similar view and concluded that the U.S. Supreme Court has, in practice, simply abandoned the rule of an administrative warrant, though still making reference to it in theory. Similarly, the intervener Attorney General of Alberta listed (at pp. 27-29 of his submission) a series of industries in which the U.S. courts have held that there was no reason to obtain an administrative warrant for administrative inspections.

I, therefore, conclude that, even with our neighbours to the south, the administrative warrant is at present in almost complete disfavour.

(iii) *Pragmatic Aspect*

Additionally, as I explained earlier, the strict rules in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, clearly could not apply to a visit to a workplace for administrative purposes in view of the regulatory context in which the powers are conferred on the inspectors by the ACAD, the fact that the ACAD applies to a regulated industrial sector, the minimum intrusion that those powers imply and the employers' lower expectation of privacy in this context.

For the inspectors to have to obtain a warrant, as in a criminal matter, would require them to have reasonable and probable grounds to believe that an offence against the ACAD had been committed. The very reason the inspectors have been granted powers of inspection is to determine whether an offence has been committed. According to the rules laid down in *Hunter v. Southam Inc.*, a warrant could never be issued in such circumstances. It can thus be seen that, in pragmatic terms, the rule in *Hunter v. Southam Inc.* must necessarily be inapplicable to administrative inspections in a regulated industrial sector, like those at issue in the present appeal. Those rules simply constitute here

Dans ces circonstances, l'exigence de mandat est l'exception et non la règle, et l'arrêt *See* a été renversé par interprétation.

M^e Robert C. Maybank («Constitutional requirements for administrative warrants in Canada and the United States: Opposite trends?» (1989), 39 *U.T.L.J.* 55, à la p. 68) abonde dans le même sens et conclut que la Cour suprême des États-Unis a tout simplement abandonné, en pratique, la règle du mandat administratif, tout en y faisant encore référence en théorie. De même, l'intervenant, le procureur général de l'Alberta, énumère (aux pp. 27 à 29 de son mémoire) une série d'industries pour lesquelles les tribunaux américains ont décidé qu'il n'y avait pas lieu d'obtenir un mandat administratif lors d'inspections administratives.

J'en conclus donc que, même chez nos voisins du Sud, le mandat administratif est aujourd'hui en presque totale défaveur.

(iii) *L'aspect pragmatique*

Par ailleurs, comme je l'ai précédemment exposé, les critères stricts de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, ne sauraient s'appliquer en matière de visite des lieux de travail à des fins administratives, compte tenu du contexte réglementaire dans lequel les pouvoirs sont conférés par la LDCC aux inspecteurs, de l'application de la LDCC à un secteur réglementé de l'industrie, de l'intrusion minimale que comportent ces pouvoirs et de l'attente réduite des employeurs en matière de vie privée dans ce contexte.

L'obtention par les inspecteurs d'un mandat comme s'il s'agissait d'une matière criminelle exigerait qu'ils aient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction à l'encontre de la LDCC a été commise. Or, c'est précisément pour vérifier si une infraction se commet que les inspecteurs possèdent les pouvoirs d'inspection. En suivant les principes établis par l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, un mandat ne pourrait jamais être émis dans ces circonstances. On constate donc que, sur le plan de la réalité pragmatique, les critères de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* doivent nécessairement être inapplicables dans le contexte des inspections administratives dans un secteur régle-

“too high a threshold” (*Thomson Newspapers, supra*, at p. 595 (*per* L'Heureux-Dubé J.)).

(iv) *Conclusion*

In conclusion, like the appellants, I consider that it would be neither useful nor prudent to introduce into Canadian law a requirement of prior authorization similar to that of the U.S. “administrative warrant”. The creation of an administrative warrant by the courts is largely due to the particular wording of the U.S. Fourth Amendment, which is very different from that of s. 8 of the *Charter*. The development of the administrative warrant, sprinkled with increasingly numerous exceptions which are difficult to distinguish, demonstrates its limited value. Additionally, the rules in *Hunter v. Southam Inc.* cannot be applied to administrative inspections in a regulated industry. Accordingly, there was no need for the inspectors to obtain a warrant prior to entry into the respondent's premises.

2. Use of Powers of Inspection Following a Complaint

It is of the very nature of an administrative inspection in a regulated industry that it takes place when there are no reasonable grounds to believe that a particular offence has been committed. The question must be whether, when the inspection is not at random but results from a complaint made by an employee, a different conclusion as to the reasonableness of the limits set out in the second paragraph of s. 22(e) *ACAD* is warranted. A complaint was made in the present appeal as well as in some 9,357 inspections made in 1991 (see 1991 Annual Report, Record — Addendum, at p. 292). It could be argued that, when a complaint is filed, the situation is close to the one contemplated in *Hunter v. Southam Inc.* since it is then possible to identify a particular offence which may eventually lead to a penal prosecution. I do not, however, subscribe to this argument.

menté de l'industrie, comme celles faisant l'objet du présent pourvoi. Ils constituent tout simplement ici une «norme trop élevée» (*Thomson Newspapers*, précité, à la p. 595 (le juge L'Heureux-Dubé)).

(iv) *Conclusion*

En conclusion, à l'instar des appelants, je suis d'avis qu'il ne serait ni utile ni sage que soit implanté, en droit canadien, un mécanisme d'autorisation préalable analogue à celui du «mandat administratif» américain. La création jurisprudentielle du mandat administratif s'explique davantage par le libellé particulier du Quatrième amendement des États-Unis, très différent de celui de l'art. 8 de la *Charte*. Le développement de mandat administratif, parsemé de multiples exceptions de plus en plus nombreuses et difficiles à déterminer, démontre son peu d'efficacité. Par ailleurs, les critères de *Hunter c. Southam Inc.* ne sauraient s'appliquer lors d'inspections administratives dans une industrie réglementée. En conséquence, il n'y avait donc pas nécessité pour les inspecteurs d'obtenir un mandat préalable à l'accès aux lieux de l'intimée.

2. L'utilisation des pouvoirs d'inspection à la suite d'une plainte

Il est de la nature même de l'inspection administrative dans une industrie réglementée qu'elle ait lieu alors qu'il n'existe pas de motifs raisonnables de croire qu'une infraction particulière a été commise. On doit se demander si la détermination du caractère raisonnable des limites imposées par le deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC* se trouve modifiée lorsque l'inspection est non pas ponctuelle, mais motivée par une plainte formulée par un salarié. Ce fut le cas dans le présent pourvoi, de même que pour quelques 9 357 inspections conduites en 1991 (*cf.* Rapport annuel 1991, Dossier — Addendum, à la p. 292). En effet, il serait possible de soutenir que lorsqu'une plainte est déposée, on se rapproche de la situation visée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* puisqu'il est alors possible d'identifier une infraction particulière qui pourrait éventuellement donner lieu à une poursuite pénale. Je ne souscris toutefois pas à cette thèse.

In my opinion, a mere complaint is insufficient in itself to justify inspectors being subject to the requirements of *Hunter v. Southam Inc.* There is an important distinction between having reasonable and probable grounds to believe that an offence was committed and simply having an information, especially if the latter is given anonymously. An inspection will often be necessary before it is even possible to establish the existence of reasonable grounds to believe that a breach of the law has occurred. This is the position taken by appellate courts in various provinces, *inter alia* in the aforementioned decisions of the Ontario Court of Appeal, *R. v. Quesnel*, at p. 83, and *Ontario Chrysler (1977) Ltd. v. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)*, at pp. 150-51. This is, moreover, the position mandated by the fact that the ACAD covers only a regulated industrial sector.

It should be added that the complaint filed in the case at bar, if proved valid once the inspection is completed, would have led not to a penal proceeding but to a civil claim for wages pursuant to s. 14 ACAD. In my opinion, civil actions were clearly not contemplated in *Hunter v. Southam Inc.* Furthermore, the appellants properly argued that, when inspectors have reasonable grounds to believe that an offence has been committed, they instead choose to obtain prior authorization pursuant to s. 8 of the *Summary Convictions Act* (subsequently replaced by the *Code of Penal Procedure*, ss. 95 *et seq.*). In this appeal such a procedure was not necessary since the inspection was purely for the administrative purpose of regulating the men's and boys' shirt industry.

3. Application of Powers of Inspection to Employers

Like Fish J.A. of the Court of Appeal, the respondents conceded that the second paragraph of s. 22(e) ACAD is reasonable as it applies to "professional employers" but argued that the powers it confers are not reasonable in so far as they may potentially be exercised against all employers and

Selon moi, une simple plainte est, en soi, insuffisante pour justifier que les inspecteurs soient soumis aux exigences énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Il existe une distinction importante entre avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et posséder une simple information, surtout si celle-ci est donnée de façon anonyme. Une inspection sera souvent nécessaire avant même qu'on puisse justifier l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la loi a été commise. C'est la position adoptée par les cours d'appel de diverses provinces, notamment, dans les arrêts précités de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Quesnel*, à la p. 83, et *Ontario Chrysler (1977) Ltd. c. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)*, aux pp. 150 et 151. C'est en outre la position que commande le fait que la LDCC ne vise qu'un secteur réglementé de l'industrie.

Il importe d'ajouter que la plainte formulée en l'espèce, si elle s'était avérée fondée une fois l'inspection complétée, aurait donné lieu non pas à un recours pénal, mais à un recours civil en réclamation de salaire, conformément à l'art. 14 LDCC. Or, à mon avis, les recours civils n'étaient manifestement pas envisagés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* D'ailleurs, les appelants font valoir à juste titre que, lorsque les inspecteurs ont des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise, ils obtiennent plutôt une autorisation préalable conformément à l'art. 8 de la *Loi sur les poursuites sommaires* (remplacée depuis par le *Code de procédure pénale*, art. 95 *et suiv.*). Dans le présent pourvoi, une telle procédure ne s'imposait pas puisque l'inspection s'inscrivait uniquement dans un objectif administratif de réglementation de l'industrie de la chemise pour hommes et garçons.

3. La portée des pouvoirs d'inspection à l'égard des employeurs

À l'instar du juge Fish de la Cour d'appel, les intimés concèdent que le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC est raisonnable à l'égard des «employeurs professionnels», mais soutiennent cependant que les pouvoirs qu'il confère sont abusifs dans la mesure où ils peuvent être potentielle-

not merely those subject to a decree. According to them, the invasion of privacy must be minimal and, in the case of the *ACAD*, this objective would have been attained by adding to the wording of the second paragraph of s. 22(e) *ACAD* the requirement of reasonable grounds to believe that an employer is subject to the decree, essentially adopting the opinion of Fish J.A.

This argument is, at first sight, attractive since it is true that, in practice, the parity committees possess no power of supervision over employers who are not subject to the application of a decree. However, the *ACAD* applies to all employers and not only to professional employers (see the definitions stated in s. 1(f) and (g), set out above). The *ACAD* provides that decrees are of public order and binding on all employees as well as their employers within their respective spheres (see ss. 2 and 11 *ACAD*, set out above). Accordingly, an employer who causes one of his employees to perform work of the same kind as that covered by a decree is subject to the application of its standards.

The Supreme Court of Canada has held that a decree is a function of the nature of the work done by an employee and not of the employer's type of business, as was stated in *Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C.*, [1986] 2 S.C.R. 327, at p. 338, by Chouinard J., following *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.*, [1944] S.C.R. 213, at p. 219 (Taschereau J., as he then was). It was reiterated by the Quebec Court of Appeal in *Laiterie Perrette Ltée v. Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district*, [1988] R.J.Q. 76, a case which, like the one at bar, concerned the *ACAD*. Moisan J. (*ad hoc*) said at p. 79:

[TRANSLATION] The only concept with which the Act [the *ACAD*] is concerned is that of the nature or type of

ment exercés à l'encontre de tous les employeurs et non uniquement de ceux assujettis à un décret. Les intimés font valoir que l'atteinte à la vie privée doit être minimale et que, dans le cas de la *LDCC*, cet objectif aurait été atteint en ajoutant au libellé du deuxième alinéa du par. 22e) *LDCC* l'exigence de motifs raisonnables de croire qu'un employeur est assujetti au décret. Les intimés reprennent essentiellement l'opinion du juge Fish.

Cette prétention est de prime abord séduisante, puisqu'il est vrai qu'en pratique, les comités paritaires ne disposent d'aucun pouvoir de supervision à l'égard des employeurs qui ne sont pas assujettis à l'application d'un décret. Cependant, la *LDCC* s'applique à tous les employeurs et non pas seulement aux employeurs professionnels (voir les définitions énoncées aux al. 1f) et 1g), reproduits plus haut). La *LDCC* prévoit que les décrets sont d'ordre public et lient tous les salariés, de mêmes que leurs employeurs, dans les limites de leur champ d'application respectif (voir les art. 2 et 11 *LDCC*, reproduits plus haut). Ainsi, un employeur qui fait exécuter par un de ses salariés un travail de même nature que celui couvert par un décret est assujetti à l'application des normes qu'il contient.

La Cour suprême du Canada a décidé qu'un décret s'applique en fonction de la nature du travail exécuté par un employé et non en fonction du genre d'entreprise d'un employeur. Ce principe a été énoncé dans l'arrêt *Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. C.T.C.U.M.*, [1986] 2 R.C.S. 327, à la p. 338, par le juge Chouinard, reprenant l'arrêt *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District c. Dominion Blank Book Co.*, [1944] R.C.S. 213, à la p. 219 (le juge Taschereau (plus tard Juge en chef)). Il a été réitéré par la Cour d'appel du Québec dans *Laiterie Perrette Ltée c. Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district*, [1988] R.J.Q. 76, affaire qui portait, comme dans le cas présent, sur la *LDCC*. Le juge Moisan (*ad hoc*) y dit, à la p. 79:

Le seul concept auquel la loi [la *LDCC*] fait appel est celui de la nature ou du genre de travail effectué par un

work done by an employee. Any other rule of differentiation, however interesting, has not been retained by the legislature.

It is thus the nature of the work rather than the status of the parties or their relationship which matters in determining whether they are subject to the application of the decrees. This is why all employers, as well as all employees, come within the ambit of the *ACAD*. Accordingly, it seems to me that the interpretation of the *ACAD* given by the respondents, at least in so far as the latter argue that it does not apply to "professional employers", is in error.

The particular scheme of the *ACAD* also explains why all employers are covered by the provisions regarding inspections. Inspectors must have the means of determining whether a given employer is in fact subject to a decree and is in compliance with it. In my opinion, it would not be advisable to impose the limit suggested by the respondents on the parity committees' right of inspection given the technical nature of the provisions for the application of decrees. The appellants and the intervenor, the Association des comités paritaires du Québec, gave very persuasive examples of the difficulty, without prior inspection, of determining whether a decree applies and, if so, whether an employer is subject to it. For example, the *Decree respecting the Women's Clothing Industry*, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 26, applies generally to the manufacture of various types of clothing "for female persons" (s. 2.02). However, s. 2.04 provides fifteen exceptions to this Decree, including the following, which point to the great difficulty in its application:

2.04. Exception: The Decree does not govern:

. . .

8° garments for female children not larger than size 6 years as determined by the program for standard sizes of children's garments called Canada Standard Sizes approved by the Canadian Government Standards Office that is 62 centimetres chest, 53 centimetres waist and 60 centimetres hips;

salarié. Tout autre critère de différenciation, pour intéressant qu'il soit, n'a pas été retenu par le législateur.

C'est donc la nature du travail plutôt que le statut des parties ou leur relation qui importe, lorsqu'il s'agit de déterminer l'assujettissement à l'application des décrets. Ceci explique pourquoi tous les employeurs, de même que tous les salariés, entrent dans le champ d'application de la *LDCC*. L'interprétation que les intimés prêtent à la *LDCC*, du moins lorsqu'ils affirment que celle-ci ne s'applique qu'aux «employeurs professionnels», m'apparaît en conséquence erronée.

Les rouages particuliers de la *LDCC* expliquent également pourquoi tous les employeurs sont visés par les dispositions concernant les inspections. Les inspecteurs doivent disposer des moyens de vérifier si un employeur donné est bel et bien assujéti à un décret et s'il en respecte les modalités. Il serait peu opportun, à mon avis, d'imposer la limite proposée par les intimés au droit d'inspection des comités paritaires, compte tenu du caractère technique des modalités d'application des décrets. Les appelants et l'intervenante, l'Association des comités paritaires du Québec, donnent des exemples très convaincants de la difficulté de déterminer, sans inspection préalable, le champ d'application d'un décret et donc de savoir si un employeur y est assujéti. Par exemple, le *Décret sur l'industrie de la confection pour dames*, R.R.Q. 1981, ch. D-2, r. 26, s'applique de façon générale à la confection de différents types de vêtements «destinés à une personne du sexe féminin» (art. 2.02). Toutefois, l'art. 2.04 prévoit quinze exceptions à ce décret, dont les suivantes, témoignant de sa grande difficulté d'application:

2.04. Exclusion: Le décret ne s'applique pas:

. . .

8° aux vêtements pour fillettes ne dépassant pas la grandeur 6 ans, telle que déterminée par le programme de normalisation des tailles de vêtements d'enfants appelé Taille Canada Standard, approuvé par l'Office des normes du Gouvernement canadien soit, 62 centimètres de poitrine, 53 centimètres de taille et 60 centimètres de hanches;

9° the manufacture of bathrobes, dressing gowns and kimonos made of material weighing at least 270 grams per square metre;

10° knitted garments covering the upper part of the body that have an unravelable knitted edge not exceeding 68 centimetres in length when the fabrics used have been knitted in a shop of the manufacturer in the form of blanks;

Similarly, the application of the Decree which is the subject of this appeal is not free of problems. I reproduce ss. 1.01 and 6.01 of the *Decree respecting the Men's and Boys' Shirt Industry* in order to indicate its technical nature:

1.01. This Decree covers the industry manufacturing or producing, in whole or in part, men's and boys' shirts and pyjamas of all kinds and of all descriptions, without limitation. It also covers the industry manufacturing or producing, in whole or in part, men's and boys' boxer shorts and underwear which are cut and sewn.

This Decree also includes the manufacture or production of ladies' and girls' mannish tailored shirts and pyjamas which have the same style, pattern, construction, material and operation as those used in the manufacture of shirts and pyjamas for men and boys.

These garments may be made of woven or knitted fabric or with any kind of material.

6.01. For the purposes of this Decree, the following expressions mean:

. . .

(i) "shirts": garments covering the upper part of the body, with a collar and no body lining, worn generally with or without underwear, and with a full or partial front opening. These garments may be designed to be worn inside or outside pants.

(j) "pyjamas": a garment usually worn to sleep including garments described as sleepers and whose legs are extended to completely cover the feet.

(k) "knitted fabrics": knitted fabrics of construction of 28 gauge or more that is to say 15 vertical stitches or more per 2 centimeters.

9° à la confection de robes de bain, robes de chambre et kimonos, lorsque le tissu utilisé pèse au moins 270 grammes au mètre carré;

10° aux vêtements tricotés couvrant la partie supérieure du corps qui ont une lisière finie indénouable et qui n'excèdent pas 68 centimètres de longueur lorsque les tissus utilisés ont été tricotés dans un atelier du manufacturier sous forme de panneaux de tricot;

De même, l'application du décret faisant l'objet du présent pourvoi ne va pas sans poser certains problèmes. Je reproduis les art. 1.01 et 6.01 du *Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons* afin d'en démontrer le caractère technique:

1.01. Le présent décret régit l'industrie de la confection ou de la production, en tout ou en partie des chemises et des pyjamas de toutes sortes et de toutes désignations, pour hommes et garçons, sans restriction. Il régit également l'industrie de la confection ou de la production, en tout ou en partie, de caleçons boxeurs et de sous-vêtements taillés et cousus, pour hommes et garçons.

Le présent décret s'applique aussi à la fabrication ou production de chemises et pyjamas pour femmes et fillettes à coupe masculine et qui comportent ou ont le même style, patron, confection, tissus et opération que ceux utilisés dans la fabrication de chemises et pyjamas pour hommes et garçons.

Ces vêtements peuvent être confectionnés de tissus tissés ou tricotés ou avec toute sorte de matière.

6.01. Aux fins d'application du décret, les expressions suivantes désignent:

. . .

i) «chemises»: les vêtements couvrant la partie supérieure du corps, avec col, sans doublure, portés habituellement avec ou sans sous-vêtement et comportant une ouverture avant complète ou partielle. Ces vêtements peuvent être conçus de façon à être portés à l'extérieur ou à l'intérieur du pantalon;

j) «pyjamas»: les vêtements habituellement portés pour dormir, y compris les vêtements appelés dormeuses dont les jambes sont prolongées pour couvrir les pieds complètement;

k) «tissus tricotés»: les tissus tricotés de jauge 28 ou plus, c'est-à-dire de 15 mailles verticales ou plus aux 2 centimètres.

In addition, it can and should be assumed that, because of their particular expertise on a parity committee, inspectors will, in most cases, conduct inspections at the premises of employers which they suspect are subject to a decree. In this way, not only will abuses be avoided but infringements of reasonable expectations of privacy will be minimal. This, in any case, is what appears to have happened here, since, prior to the inspection, the inspectors noticed in the respondent's display case shirts of the same brand as those manufactured by Miss Malouin in Sherbrooke.

Accordingly, I do not believe that the limit set by Fish J.A. and argued by the respondents, is essential to the constitutional validity of the second paragraph of s. 22(e) ACAD. I will not, therefore, consider Fish J.A.'s comments regarding the reading down and the reading in of s. 22(e) ACAD.

4. Scope of Powers of Inspection of Documents

The parties discussed the application of the second paragraph of s. 22(e) ACAD to documents of which the inspectors have the power to request consultation or production. According to the respondents, such a seizure is unreasonable. In my view, the disputed provision places adequate limits on the documents in question: it relates only to the employer's business documents, and, in particular, those regarding his coverage by the ACAD and the application of the decrees. I also note that s. 22(e) ACAD is more restrictive than s. 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, though in *McKinlay Transport*, *supra*, the latter was held to be constitutional under s. 8 of the *Charter*.

Accordingly, contrary to the ruling of the Court of Appeal, the entire second paragraph of s. 22(e) ACAD does not infringe s. 8 of the *Charter*. The seizures and searches it authorizes are not unrea-

En outre, on peut, et l'on doit, présumer que les inspecteurs, en raison de leur expertise particulière au sein d'un comité paritaire, conduiront, dans la majorité des cas, des inspections chez les employeurs dont ils soupçonnent l'assujettissement à un décret. De cette manière, non seulement les abus seront-ils prévenus, mais les atteintes aux attentes raisonnables en matière de vie privée seront minimales. C'est d'ailleurs ce qui semble s'être produit dans le présent cas, puisque les inspecteurs avaient remarqué, dans la vitrine de l'intimée, préalablement à l'inspection, des chemises de la même marque que celles qui avaient été fabriquées par dame Malouin de Sherbrooke.

En conséquence, je ne crois pas que la limite énoncée par le juge Fish et soutenue par les intimés soit essentielle à la validité constitutionnelle du deuxième alinéa du par. 22e) LDCC. Je m'abstiendrai donc d'examiner les commentaires du juge Fish relatifs à l'interprétation atténuée (*reading down*) et large (*reading in*) du par. 22e) LDCC.

4. La portée des pouvoirs d'inspection à l'égard des documents

Les parties discutent de la portée du deuxième alinéa du par. 22e) LDCC à l'égard des documents dont les inspecteurs ont le pouvoir d'exiger la consultation ou d'ordonner la production. Selon les intimés, cette saisie serait abusive. À mon avis, la disposition contestée circonscrit suffisamment les documents en question: il s'agit uniquement des documents d'affaires de l'employeur, et plus particulièrement de ceux qui concernent son assujettissement à la LDCC et l'application des décrets. Je note d'ailleurs que le par. 22e) LDCC est davantage circonscrit que le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, qui a pourtant été jugé constitutionnel en regard de l'art. 8 de la *Charte* dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité.

En conséquence, contrairement à ce que la Cour d'appel a décidé, l'ensemble du deuxième alinéa du par. 22e) LDCC ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. Les saisies et perquisitions qu'il autorise

sonable. It is, therefore, not necessary to undertake a s. 1 *Charter* analysis.

C. *Inspectors' Conduct*

In the case at bar the inspectors went to the premises of the respondent Sélection Milton twice, on February 2 and 24, 1988. The respondents made no suggestion in this Court that these inspections were conducted in an unreasonable manner. In any case, the evidence would not have supported such allegations as there was in fact no inspection, since access to the premises was denied to the inspectors and the documents requested were not produced by the respondents. In the circumstances, s. 8 of the *Charter* was not infringed by the inspectors' conduct.

D. *Powers of Inspection and Production of Documents under the Second and Fourth Paragraphs of Section 22(e) ACAD and Section 24.1 of the Quebec Charter*

Section 24.1 of the Quebec *Charter* provides that "[n]o one may be subjected to unreasonable search or seizure". As Lucie Angers notes ("À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain" (1986), 27 *C. de D.* 723, at p. 730), the wording of s. 24.1 [TRANSLATION] "... differs from that of s. 8 of the Canadian Charter in that it does not provide a right to *protection* against unreasonable searches and seizures". (Emphasis in original.) However, the author asserts, at p. 731:

[TRANSLATION] The two Charters provide similar protection against unreasonable seizures and searches. [Emphasis added.]

In my view, the expressions "seizures", "searches" and "unreasonable" have the same meaning and the same scope in the two documents. The analytical approach and the tests developed by this Court in relation to s. 8 of the *Charter* apply equally to s. 24.1 of the Quebec *Charter*. I note that s. 24.1, however, is not subject to the moderating provisions of s. 9.1 of the Quebec *Charter* (*Ford v. Que-*

ne sont pas abusives. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse en vertu de l'article premier de la *Charte*.

a C. *La conduite des inspecteurs*

Dans le présent cas, les inspecteurs se sont présentés chez l'intimée Sélection Milton à deux reprises, les 2 et 24 février 1988. Les intimés n'ont aucunement allégué devant nous que ces inspections auraient été conduites de manière déraisonnable. De toute façon, la preuve n'aurait pas supporté de telles allégations car, dans les faits, il n'y a même pas eu d'inspection, l'accès aux lieux ayant été refusé aux inspecteurs et les documents demandés non produits par les intimés. Dans ces circonstances, l'art. 8 de la *Charte* n'a pas été violé par la conduite des inspecteurs.

d D. *Les pouvoirs d'inspection et de production de documents des deuxième et quatrième alinéas du par. 22e) LDCC et l'art. 24.1 de la Charte québécoise*

L'article 24.1 de la *Charte* québécoise prévoit que «[n]ul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles abusives». Comme le mentionne M^e Lucie Angers («À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain» (1986), 27 *C. de D.* 723, à la p. 730), la formulation de l'art. 24.1 «diffère de celle de l'article 8 de la Charte canadienne en ce qu'elle n'offre pas un droit à la *protection* contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives». (En italique dans l'original.) L'auteur affirme, cependant, à la p. 731:

Les deux Chartes offrent une protection similaire contre les saisies et perquisitions abusives. [Je souligne.]

À mon avis, les termes «saisies», «perquisitions», «fouilles» et «abusives» ont le même sens et la même portée dans les deux documents. La méthode d'analyse et les critères élaborés par notre Cour relativement à l'art. 8 de la *Charte* s'appliquent tout aussi bien à l'art. 24.1 de la *Charte* québécoise. Je note que l'art. 24.1 n'est cependant pas soumis aux tempéraments apportés par l'art. 9.1 de

bec (Attorney General), *supra*, at pp. 769-70 and 781; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 818 (*per curiam*)).

If we undertake the same analysis as we did earlier, the powers provided for in the second paragraph of s. 22(e) ACAD constitute a "seizure" and a "search" within the meaning of s. 24.1 of the Quebec Charter, but they are not "unreasonable". Accordingly, the second paragraph of s. 22(e) ACAD does not infringe s. 24.1 of the Quebec Charter.

In view of the respondent's arguments, I will address the fourth paragraph of s. 22(e) ACAD, although Fish J.A. of the Court of Appeal expressly stated (at p. 1752) that his reasons dealt only with the second paragraph of s. 22(e), explicitly refraining from ruling on the other components of that subsection. For the sake of convenience, I reproduce here the fourth paragraph of s. 22(e) ACAD:

[Documents] The general manager, the secretary or any inspector may also require the production of any document referred to in the second paragraph or any document relating to the application of this Act, a decree or a regulation, make a copy thereof and certify it as a true copy of the original. The copy is admissible as proof and has the same probative value as the original;

This request for the production of documents is clearly a "seizure" within the meaning of s. 24.1 of the Quebec Charter (*cf. Thomson Newspapers and McKinlay Transport, supra*). Is it reasonable? In my view, this paragraph places adequate limits on the documents of which the inspectors have the power to request consultation or production: it covers only the employer's business documents, and more particularly those that relate to coverage of the employer by the ACAD and the application of a decree. In addition, this fourth paragraph of s. 22(e) ACAD is narrower than s. 231(3) of the Income Tax Act, and yet that provision was held to be constitutional under s. 8 of the Charter in *McKinlay Transport*. Accordingly, the fourth para-

la Charte québécoise (*Ford c. Québec (Procureur général)*), précité, aux pp. 769 et 770 et 781; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 818 (*per curiam*)).

Procédant à une analyse semblable à celle qui précède, les pouvoirs prévus au deuxième alinéa du par. 22e) LDCC constituent une «saisie» et une «perquisition» au sens de l'art. 24.1 de la Charte québécoise, qui ne sont toutefois pas «abusives». En conséquence, le deuxième alinéa du par. 22e) LDCC ne viole pas l'art. 24.1 de la Charte québécoise.

Étant donné les arguments de l'intimée, j'aborderai le quatrième alinéa du par. 22e) LDCC, même si le juge Fish de la Cour d'appel a expressément mentionné (à la p. 1752) que ses motifs ne visaient que le deuxième alinéa du par. 22e), s'abstenant explicitement de se prononcer quant aux autres constituants de ce paragraphe. Par souci de commodité, je reproduis ici le quatrième alinéa du par. 22e) LDCC:

[Production de documents] Le directeur général, le secrétaire ou un inspecteur peut aussi exiger la production de tout document visé au deuxième alinéa ou de tout document relatif à l'application de la présente loi, d'un décret ou d'un règlement, en faire une copie et la certifier conforme à l'original. Une telle copie est admissible en preuve et a la même force probante que l'original;

Cette demande de production de document est clairement une «saisie» au sens de l'art. 24.1 de la Charte québécoise (*cf. Thomson Newspapers et McKinlay Transport, précités*). Est-elle raisonnable? À mon avis, cet alinéa circonscrit suffisamment les documents dont les inspecteurs ont le pouvoir d'exiger la consultation ou d'ordonner la production. Seuls les documents d'affaires de l'employeur sont visés, dont plus particulièrement ceux qui s'intéressent à son assujettissement à la LDCC et à l'application d'un décret. En outre, ce quatrième alinéa du par. 22e) LDCC est plus restreint que le par. 231(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui a pourtant été jugé constitutionnel en regard de l'art. 8 de la Charte dans l'arrêt *McKin-*

graph of s. 22(e) *ACAD* does not infringe s. 24.1 of the Quebec *Charter*.

The respondents' arguments based on the Quebec *Charter* are therefore dismissed.

VI — Conclusion

For all these reasons, the appeal should be allowed, the Court of Appeal judgment reversed, the judgments of the Court of Quebec (Criminal and Penal Division) and Superior Court, Criminal Division, reinstated together with the convictions of the respondents and the sentences, the whole with costs against the latter. The constitutional questions are answered as follows:

1. Are the provisions of s. 22(e) of *An Act respecting Collective Agreement Decrees*, R.S.Q., c. D-2, which confer powers of inspection, inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, are these provisions justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In view of the answer to the first question, the second does not arise.

Finally, the provisions of s. 22(e) *ACAD*, which confer powers of inspection and production of documents are not inconsistent with s. 24.1 of the Quebec *Charter*.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Dubuc, LeFrançois & Associés, St-Laurent; Gilles Laporte and Monique Rousseau, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents: Orenstein, Ruby, Orenstein, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: George Thomson, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

lay Transport. Par conséquent, le quatrième alinéa du par. 22e) *LDCC* ne viole pas l'art. 24.1 de la *Charte québécoise*.

Les arguments des intimés basés sur la *Charte québécoise* sont donc rejetés.

VI — Conclusion

Pour toutes ces raisons, le pourvoi doit être accueilli, le jugement de la Cour d'appel infirmé, les jugements de la Cour du Québec (Chambre criminelle et pénale) et de la Cour supérieure de juridiction criminelle rétablis, ainsi que les déclarations de culpabilité et les sentences des intimés, le tout avec dépens contre ces derniers. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Les dispositions du par. 22e) de la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., ch. D-2, qui accordent des pouvoirs d'inspection, sont-elles incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Dans l'hypothèse où la Cour répondrait par l'affirmative à la première question, ces dispositions peuvent-elles se justifier dans le cadre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse à la première question, la deuxième question ne se soulève pas.

Enfin, les dispositions du par. 22e) *LDCC*, qui accordent des pouvoirs d'inspection et de production de documents ne sont pas incompatibles avec l'art. 24.1 de la *Charte québécoise*.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Dubuc, LeFrançois & Associés, St-Laurent; Gilles Laporte et Monique Rousseau, Ste-Foy.

Procureurs des intimés: Orenstein, Ruby, Orenstein, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: George Thomson, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général
de l'Alberta: Robert C. Maybank, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Association des
comités paritaires du Québec Inc.: Allaire Fortier, a
Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des
comités paritaires du Québec Inc.: Allaire Fortier,
Montréal.*

Robert Rowbotham and David Roblin Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. ROWBOTHAM; R. v. ROBLIN

File Nos.: 23302, 23300.

Hearing and judgment: December 8, 1993.

Additional reasons delivered: June 23, 1994.

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

Additional reasons for judgment

Criminal law — Jury — Directed verdict — Jury reluctant to accede to trial judge's direction to enter verdict of not guilty — Supreme Court of Canada recommending that procedure for directed verdicts be modified.

The common law procedure with respect to directed verdicts should be modified: in instances where in the past the trial judge would have directed the jury to return a verdict of not guilty, the trial judge should now withdraw the case from the jury and enter an acquittal. While concerns about judicial abuses of authority may have originally justified the traditional procedure, they are no longer relevant. Furthermore, there are considerable policy justifications for reforming the procedure.

Cases Cited

Referred to: *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214; *R. v. Steele* (1939), 73 C.C.C. 147; *R. v. Jans* (1946), 87 C.C.C. 76; *R. v. Boyer*, [1969] 1 C.C.C. 106, leave to appeal refused [1969] S.C.R. vii; *R. v. Charlesworth* (1861), 31 L.J.M.C. 25; *Wills & Sons v. McSherry*, [1913] 1 K.B. 20; *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Vanden Avenne-Izegem P.V.B.A.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 133; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Chrétien* (1989), 70 C.R. (3d) 43.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(f).

Robert Rowbotham et David Roblin Appelants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. ROWBOTHAM; R. c. ROBLIN

N^{os} du greffe: 23302, 23300.

Audition et jugement: 8 décembre 1993.

Motifs additionnels déposés: 23 juin 1994.

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

Motifs additionnels

Droit criminel — Jury — Verdict imposé — Jury hésitant à suivre les directives du juge du procès de rendre un verdict de non-culpabilité — Recommandation par la Cour suprême du Canada de modifier la procédure pour les verdicts imposés.

Il y a lieu de modifier la procédure de common law relative aux verdicts imposés: dans les cas où, par le passé, le juge du procès aurait obligé le jury à rendre un verdict de non-culpabilité, le juge du procès devrait maintenant dessaisir le jury et prononcer un verdict d'acquiescement. Si les préoccupations quant à l'exercice abusif par les juges de leurs pouvoirs ont pu justifier la procédure à l'origine, elles ne sont plus pertinentes. En outre, il existe de nombreuses justifications de principe de procéder à cette réforme.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214; *R. c. Steele* (1939), 73 C.C.C. 147; *R. c. Jans* (1946), 87 C.C.C. 76; *R. c. Boyer*, [1969] 1 C.C.C. 106, autorisation de pourvoi refusée [1969] R.C.S. vii; *R. c. Charlesworth* (1861), 31 L.J.M.C. 25; *Wills & Sons c. McSherry*, [1913] 1 K.B. 20; *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. c. Vanden Avenne-Izegem P.V.B.A.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 133; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Chrétien* (1989), 70 C.R. (3d) 43.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11f).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 536 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 96], 606(4) [*idem*, s. 125], 672, 676(1)(a).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 63. *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts*. Ottawa: The Commission, 1991.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980.

ADDITIONAL REASONS to a judgment of the Supreme Court of Canada, [1993] 4 S.C.R. 834, affirming a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 60 O.A.C. 75, 76 C.C.C. (3d) 542, setting aside the accused's acquittals and ordering a new trial.

Philip Campbell and Delmar Doucette, for the appellants.

D. D. Graham Reynolds, Q.C., and *David Littlefield*, for the respondent.

The additional reasons of the Court were delivered by

LAMER C.J. —

I. Introduction

On December 8, 1993, this Court handed down judgment from the bench in this case: [1993] 4 S.C.R. 834. However, we reserved the right to hand down additional reasons as regards the procedure to be followed when a trial judge rules that there is no evidence upon which a jury properly instructed may convict and so allows a motion for a directed verdict of acquittal. This stems from the fact that it is with great reluctance that the jury finally acceded to the trial judge's directions to enter a verdict of not guilty.

In the 15 years I have been on this Court, this is the first opportunity we have had to address the issue under circumstances that clearly reveal that there is understandably a reluctance on the part of

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 536 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 96], 606(4) [*idem*, art. 125], 672, 676(1)a).

a Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 63. *L'autorité de la chose jugée, la réponse à l'accusation et le verdict*. Ottawa: La Commission, 1991.

b Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1980.

MOTIFS ADDITIONNELS à un arrêt de la Cour suprême du Canada, [1993] 4 R.C.S. 834, qui a confirmé un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 60 O.A.C. 75, 76 C.C.C. (3d) 542, qui avait annulé les acquittements des accusés et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Philip Campbell et Delmar Doucette, pour les appelants.

D. D. Graham Reynolds, c.r., et *David Littlefield*, pour l'intimée.

Version française des motifs additionnels de la Cour rendus par

f LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

g Le 8 décembre 1993, notre Cour a rendu jugement à l'audience en l'espèce: [1993] 4 R.C.S. 834. Toutefois, nous nous sommes réservé le droit d'ajouter des motifs additionnels concernant la procédure à suivre lorsqu'un juge du procès conclut qu'il n'existe aucune preuve justifiant un jury ayant reçu des directives appropriées de rendre une déclaration de culpabilité et décide de faire droit à une requête pour un verdict imposé d'acquiescement. Cela découle du fait que c'est à contrecoeur que le jury s'est finalement soumis aux directives du juge de rendre un verdict de non-culpabilité.

j Je suis membre de cette Cour depuis 15 ans et c'est la première fois que nous avons l'occasion d'examiner la question dans des circonstances qui indiquent clairement que les jurés, à juste titre,

jurors to hand down a verdict with which some, if not all of them, disagree. Although this is the first case to come before this Court, I have as a trial judge had personal knowledge and thereafter taken judicial notice of the fact that the problem exists. In addition, the Director of Appeals and Criminal Law Policy for Alberta submitted the following statement to this Court: "A number of our prosecutors can recall instances where despite being directed to bring in a verdict of acquittal, the jury has nevertheless returned verdicts of guilty." I do not think it necessary or wise to wait for this Court to be asked to rule on a case where the jurors resisted the judge's instructions and a mistrial thereby resulted.

We therefore invited the parties to make written submissions on this issue, which, I may say, they very helpfully did.

II. The Facts

In the case at bar, the trial judge directed the jury to acquit the accused:

Since the accused have been placed in your hands, it is not for me to acquit them. It is for you to do so. I told you at the beginning of the case you would have to take your law from me. It was not expected that you would take it in quite the straight forward and simple way in which I am going to direct you, but it is still in principle true, and I tell you as a matter of law that these accused are entitled to your verdict of not guilty for the reason I have just mentioned. I must therefore ask you to retire to your jury room to elect a foreperson to present your verdict and to return to the courtroom with a verdict finding each of the accused not guilty of the charges.

The jury left the courtroom at 3:05 p.m. and returned at 3:26 p.m. The registrar asked the members of the jury whether they had agreed upon their verdict and the following exchange took place:

hésitent à prononcer un verdict avec lequel certains, voire tous, ne sont pas d'accord. Même si c'est la première fois qu'une telle affaire se présente devant notre Cour, je me suis personnellement rendu compte, à titre de juge d'un tribunal de première instance, que le problème existait et, par la suite, j'en ai pris connaissance d'office. En outre, le directeur des appels et de la politique en matière de droit criminel de l'Alberta a déposé la déclaration suivante devant notre Cour: [TRADUCTION] «Certains de nos avocats ont vécu des cas où le jury a prononcé un verdict de culpabilité même après avoir reçu la directive de rendre un verdict d'acquiescement.» À mon avis, il n'est ni nécessaire ni sage d'attendre d'être saisi d'une affaire dans laquelle les jurés ont refusé de suivre les directives du juge et où il en est résulté une annulation du procès.

Nous avons donc demandé aux parties de présenter des observations sur cette question, ce qu'elles ont fait, à mon avis, de façon très utile.

II. Les faits

En l'espèce, le juge du procès a ordonné au jury d'acquiescer les accusés:

[TRADUCTION] Étant donné que le sort des accusés vous a été confié, il ne me revient pas de les acquiescer. C'est à vous de le faire. Je vous ai dit au début de l'instance que je vous exposerai le droit applicable. Il n'était pas prévu que cela se ferait d'une manière aussi directe et simple que je le ferai dans mes directives, mais cela est toujours vrai en principe et je vous dis que, sur le plan du droit, ces accusés ont droit à un verdict de non-culpabilité de votre part pour les motifs que je viens de vous exposer. Par conséquent, je dois vous demander de vous retirer dans votre salle pour élire un président qui rendra votre verdict et de revenir dans la salle d'audience prononcer un verdict de non-culpabilité pour chacun des accusés.

Le jury a quitté la salle d'audience à 15 h 05 et est revenu à 15 h 26. Le greffier a demandé aux membres du jury s'ils s'étaient entendus sur un verdict, et l'échange suivant a eu lieu:

THE FOREPERSON: We have, your honour, but there are a number of questions that some of the jurors have and we would like permission to have some of them answered, if the court so wishes.

THE COURT: If the jury have questions before rendering their verdict, we do the best we can to answer them. If they are necessary prior to your having reached a verdict to have these answered, then we should deal with them now. If they are questions that are not pertinent to the verdict, then we should have the verdict first and we can have a discussion if you wish afterwards, but if they're pertinent to the verdict then we'd better deal with them now.

THE FOREPERSON: Could I have a moment?

THE COURT: Certainly.

— Discussion among the jury *sotto voce*.

A JUROR: I don't think all of us think that it's not guilty. Sorry. Some of us still believe a guilty verdict should go through.

THE COURT: Well, I have to explain again that it's a question that, you are the judges of the facts, but I'm the judge of the law, and as a result of legal argument that we have had here I have had to instruct you as a matter of law the Crown has not established a case for guilt here because they have not established that which they set out to establish; the only thing of which these accused could be convicted is exactly what the Crown charged, and they have not established the essential elements of that in law. So whatever the facts may be, whatever it may appear, if the Crown has not established what they charged then the accused are entitled to be acquitted.

If my law is wrong, the Court of Appeal will correct me and there will be a retrial. If my law is right, then I'm right. That's a question to be decided in another forum on another day. But for today, as a matter of law, the Crown has not proved a case upon which you can bring in a verdict of guilty.

A JUROR: I think there's a general feeling at the moment, in a way it's been a bit of a waste. It feels that we've spent almost four weeks and it all ends like this, without us being able to make a decision.

[TRADUCTION] LE PRÉSIDENT: Oui, M. le juge, mais certains jurés se posent des questions et nous aimerions que la cour y réponde si elle le veut bien.

LA COUR: Si le jury se pose des questions avant de rendre son verdict, nous ferons de notre mieux pour y répondre. S'il est nécessaire d'y répondre avant que vous arriviez à un verdict, alors nous les traiterons immédiatement. S'il s'agit de questions qui ne sont pas pertinentes pour le verdict, alors vous rendrez le verdict d'abord et nous pourrions en discuter après si vous le désirez, mais si elles sont pertinentes, alors il serait préférable que nous y répondions immédiatement.

LE PRÉSIDENT: Excusez-moi un instant.

LA COUR: Certainement.

— Discussion à voix basse entre les membres du jury.

UN JURÉ: Je crois que nous ne sommes pas tous d'avis de rendre un verdict de non-culpabilité. Je suis désolé. Certains d'entre nous croient toujours que nous devons rendre un verdict de culpabilité.

LA COUR: Bien, je dois vous expliquer encore une fois que c'est une question où vous êtes les juges des faits, mais où je suis le juge du droit et, par suite de l'argumentation juridique présentée en l'espèce, je dois vous indiquer comme question de droit que le ministère public n'a pas démontré la culpabilité en l'espèce parce qu'il n'a pas établi ce qu'il s'était engagé à démontrer; la seule chose dont ces accusés pouvaient être déclarés coupables est exactement ce dont le ministère public les accusait, et il n'en a pas établi les éléments essentiels en droit. Alors, quels que soient les faits, quelle que puisse être la situation, si le ministère public n'a pas établi les éléments de l'accusation, alors les accusés doivent être acquittés.

Si mon interprétation du droit est erronée, la Cour d'appel me corrigera et il y aura un nouveau procès. Si mon interprétation est juste, alors ma décision est bien fondée. C'est une question qui sera tranchée un autre jour par un autre tribunal. Mais aujourd'hui, du point de vue du droit, le ministère public n'a pas présenté une preuve sur laquelle vous pouvez appuyer un verdict de culpabilité.

UN JURÉ: Je crois qu'il y a un sentiment général en ce moment que, d'une certaine façon, nous avons perdu notre temps. Nous y avons consacré presque quatre semaines et tout se termine de cette manière, sans que nous soyons en mesure de rendre une décision.

THE COURT: I'm certainly prepared to discuss that with you, although I don't know if that has to do with the verdict, so perhaps we should deal with that afterwards.

A JUROR: All right.

THE FOREPERSON: Your honour, we find the accused not guilty of the charges.

THE REGISTRAR: Members of the jury, harken to your verdict as the court hath recorded it. You find the accused not guilty. So say you all?

Thank you.

THE COURT: Thank you, members of the jury.

III. Analysis

(1) *The Issue*

The issue here is the proper procedure to be followed by a trial judge sitting with a jury when satisfied on a motion for a directed verdict of acquittal. Is the judge required to instruct the jury to deliberate and return a verdict of not guilty or may the judge discharge the jury and enter the acquittal him- or herself?

(2) *The Current Position*

A directed verdict is not a creature of statute but rather of the common law. Although the appropriate test for a directed verdict has been the source of great controversy, the actual procedure a judge should follow once he or she has decided to direct the jury to bring in an acquittal has been relatively uncontroversial:

Where there is a jury present, the proper practice is for the judge, upon finding that there is no evidence to go before a jury, to direct the jury to acquit and discharge the accused. A judge who instead withdraws the case from the jury errs in so doing.

(Law Reform Commission of Canada, Working Paper 63, *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts* (1991), at pp. 38-39.)

The common law authority for this proposition is generally traced to *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, at pp. 216-17:

LA COUR: Je suis certainement prêt à en discuter avec vous, bien que je ne sache pas si cela a un rapport avec le verdict, alors peut-être que nous devrions en traiter après.

^a UN JURÉ: D'accord.

LE PRÉSIDENT: M. le juge, nous concluons que les accusés ne sont pas coupables.

^b LE GREFFIER: Membres du jury, écoutez votre verdict comme la cour l'a enregistré. Vous déclarez les accusés non coupables. Est-ce là votre décision?

Merci.

LA COUR: Je remercie les membres du jury.

III. Analyse

(1) *La question en litige*

^d Il s'agit de déterminer quelle est la procédure que le juge du procès doit suivre, lors d'un procès devant jury, s'il est convaincu qu'il y a lieu de faire droit à une requête pour un verdict imposé d'acquittal. Doit-il dire au jury de délibérer et de revenir avec un verdict de non-culpabilité ou peut-il libérer le jury et inscrire lui-même un verdict de non-culpabilité?

(2) *La position actuelle*

^f Le verdict imposé ne tire pas son existence de la loi mais plutôt de la common law. Bien que le critère approprié en matière de verdict imposé ait suscité une grande controverse, la procédure qu'un juge devrait suivre lorsqu'il a décidé d'ordonner au jury de prononcer un acquittal a relativement peu prêté à controverse:

^g Lorsque le procès s'instruit devant un jury, le juge doit normalement, s'il constate l'absence de toute preuve, lui ordonner d'acquitter et d'absoudre l'accusé. Le juge qui décide à la place de dessaisir le jury de l'affaire commet une erreur.

ⁱ (Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 63, *L'autorité de la chose jugée, la réponse à l'accusation et le verdict* (1991), à la p. 44.)

^j Le précédent en common law pour cette proposition remonte généralement à l'arrêt *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214 aux pp. 216 et 217:

The proper practice, where the trial judge decides that there is no evidence to go to the jury in the well understood meaning of those words, is to direct the jury to acquit and discharge the accused.

a

It is to be observed that the question with which the trial judge was dealing was a question of law alone, a question upon which it was the duty of the jury to act under his direction; their duty, in other words, to render a verdict of not guilty upon a direction given by him. . . .

b

In *R. v. Steele* (1939), 73 C.C.C. 147, the Prince Edward Island Supreme Court considered an appeal expressed as follows (at p. 148):

c

. . . that the learned trial Judge improperly withdrew the case from the jury and discharged the prisoner on the ground that there was no evidence of a crime to go to the jury and that the learned trial Judge erred in discharging the prisoner without a verdict of the jury whose "true deliverance" between our Sovereign Lord the King and such prisoner had been committed to them.

d

The Prince Edward Island Supreme Court explicitly relied on *Walker* and concluded that the trial judge had erred.

e

In *R. v. Jans* (1946), 87 C.C.C. 76, the Saskatchewan Court of Appeal also concluded that a trial judge should not withdraw the case from the jury instead of instructing the jury to bring in a verdict of not guilty.

f

More recently, in *R. v. Boyer*, [1969] 1 C.C.C. 106, at p. 111, the British Columbia Court of Appeal relied on this case law:

g

The proper practice where the trial Judge decides that there is *no evidence* to go to the jury in the well-understood meaning of those words is *to direct the jury* to acquit and discharge the accused: *Walker v. The King*, 71 C.C.C. 305, [1939] 2 D.L.R. 353, [1939] S.C.R. 214. The jury alone can acquit an accused and, if the Judge withdraws the case from the jury and himself discharges the prisoner without the verdict of the jury, there must be a new trial: *R. v. Steele*, 73 C.C.C. 147, [1940] 1 D.L.R. 779, 14 M.P.R. 321. [Emphasis in original.]

j

[TRADUCTION] Il est de bonne pratique, lorsque le juge du procès décide qu'aucune preuve ne peut être présentée au jury dans le sens bien établi de ces termes, d'ordonner au jury d'acquitter et d'absoudre l'accusé.

. . . .

Il convient de souligner que la question dont traitait le juge du procès était une question de droit seulement, une question à l'égard de laquelle il incombait au jury de suivre ses directives; en d'autres termes, le devoir du jury était de rendre un verdict de non-culpabilité suivant la directive du juge. . . .

Dans l'arrêt *R. c. Steele* (1939), 73 C.C.C. 147, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a examiné un appel ainsi formulé (à la p. 148):

[TRADUCTION] . . . que le juge du procès a, à tort, dessaisi le jury de l'affaire et a absous le détenu sur le fondement qu'aucune preuve du crime ne pouvait être présentée au jury et que le juge du procès avait commis une erreur lorsqu'il a absous le détenu sans obtenir un verdict du jury à qui il incombait de rendre un verdict juste entre notre souverain le Roi et ce détenu.

La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard s'est fondée sur l'arrêt *Walker* et a conclu que le juge du procès avait commis une erreur.

Dans l'arrêt *R. c. Jans* (1946), 87 C.C.C. 76, la Cour d'appel de la Saskatchewan a également conclu que le juge du procès n'est pas fondé à dessaisir le jury de l'affaire plutôt que de lui ordonner de prononcer un verdict de non-culpabilité.

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Boyer*, [1969] 1 C.C.C. 106, à la p. 111, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est fondée sur cette jurisprudence:

[TRADUCTION] Lorsque le juge du procès décide qu'aucune preuve ne peut être présentée au jury dans le sens bien établi de ces termes, il convient d'ordonner au jury d'acquitter et d'absoudre l'accusé: *Walker c. The King*, 71 C.C.C. 305, [1939] 2 D.L.R. 353, [1939] R.C.S. 214. Seul le jury peut acquitter un accusé et, si le juge dessaisit le jury de l'affaire et absout lui-même le détenu sans le verdict du jury, il doit y avoir un nouveau procès: *R. c. Steele*, 73 C.C.C. 147, [1940] 1 D.L.R. 779, 14 M.P.R. 321. [En italique dans l'original.]

Leave to appeal in *Boyer* was denied by the Supreme Court of Canada in 1969, [1969] S.C.R. vii.

The common theme in the case law is that a trial judge commits an error if he or she withdraws the case from the jury and enters an acquittal himself or herself rather than directing the jury to bring in a verdict of not guilty.

(3) *The Case for Reform*

The Law Reform Commission of Canada has recommended that the procedure prescribed in the common law be modified. In Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980), the Law Reform Commission recommended at p. 145:

24.1. At the conclusion of the prosecution's case, if the judge rules, either on the motion of a defendant or on the court's own motion, that there is no evidence to sustain a conviction of one or more offences charged, the judge shall order the entry of a judgment of acquittal. Such a motion by the defendant, if dismissed, shall not bar the defendant from offering evidence.

The Law Reform Commission explained at p. 146 that "it is recommended that if a motion for a directed verdict is granted that the judge simply order a judgment of acquittal. Under the present practice he must direct the jury to return a verdict of acquittal. This would appear to be a needless formality".

In Working Paper 63, *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts*, *supra*, the Law Reform Commission recommended at p. 94:

35. . . .

(2) Where satisfied that there is no evidence of the crime charged, the judge should enter a verdict of not guilty.

The Law Reform Commission recognized, at p. 94, that:

. . . this test does propose a change to the present law. It proposes that on a jury trial, where there is no evidence of the crime charged, the judge, instead of

En 1969, la Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de pourvoi dans l'affaire *Boyer*, [1969] R.C.S. vii.

Le thème qui se dégage de la jurisprudence est que le juge du procès commet une erreur s'il dessaisit le jury de l'affaire et prononce un acquittement lui-même plutôt que d'imposer un verdict de non-culpabilité au jury.

(3) *Les arguments en faveur d'une réforme*

La Commission de réforme du droit du Canada a recommandé la modification de la procédure que prescrit la common law. Dans le document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980), elle a recommandé, à la p. 149:

24.1 Après la présentation de la preuve de la Couronne, le juge, d'office, ou à la requête de l'accusé, peut déclarer que cette preuve contient une carence incompatible avec un verdict de culpabilité sur un ou plusieurs chefs d'accusation. Il doit alors ordonner qu'un jugement d'acquittement soit inscrit au dossier sur le ou les chefs d'accusation touchés par la carence de preuve. Le rejet de la requête de l'accusé n'empêche pas celui-ci de présenter sa preuve.

La Commission de réforme du droit a expliqué, à la p. 150, que «si le juge fait droit à la requête, il doit ordonner lui-même l'acquittement de l'accusé, contrairement à la pratique actuelle selon laquelle il doit demander au jury de prononcer un verdict d'acquittement. Cette formalité nous paraît inutile».

Dans le document de travail 63, *L'autorité de la chose jugée, la réponse à l'accusation et le verdict*, *op. cit.*, la Commission de réforme du droit a recommandé, à la p. 101:

35. . . .

(2) Si le juge est convaincu qu'aucune preuve n'a été présentée quant à la perpétration du crime imputé, il devrait inscrire un verdict de non-culpabilité.

Elle a reconnu, à la p. 101:

Le critère proposé s'écarte [. . .] du droit actuel sur un point. Dans le cas des procès tenus devant un jury, en effet, le juge libérerait le jury et inscrirait lui-même un

directing the jury to acquit the accused, should discharge the jury and enter a verdict of not guilty. In this way, the judge is not obligated to delay proceedings by awaiting the jury's decision, nor is the risk run that the jury will disregard the judge's direction.

I think that these Law Reform Commission recommendations make sense for a number of reasons.

(i) Common law status of directed verdicts and the *Criminal Code*

Section 672 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, preserves the common law respecting the conduct of trials by jury except in so far as the common law is inconsistent with the *Criminal Code*:

672. Nothing in this Act alters, abridges or affects any power or authority that a court or judge had immediately before April 1, 1955, or any practice or form that existed immediately before April 1, 1955, with respect to trials by jury, jury process, juries or jurors, except where the power or authority, practice or form is expressly altered by or is inconsistent with this Act.

Prior to 1955, the courts had the authority to establish procedures for directed verdicts of acquittal. The proposed exercise of that authority (i.e., reforming the procedure as proposed) is consistent with the *Criminal Code*. Therefore, it is open to this Court to adopt the proposed reform and modify the common law rule concerning the procedure for directed verdicts of acquittal.

(ii) The original justification for the traditional procedure is not relevant to the proposed procedural reform

It seems likely that the original justification for the traditional procedure for directed verdicts was the prevention of abuses of the judges' authority to discharge juries. The traditional procedure was adopted, in part, to prevent a judge from discharg-

verdict de non-culpabilité, au lieu d'ordonner au jury d'acquitter l'accusé. Cela lui évitera d'avoir à retarder l'instance en attendant la décision. Par ailleurs, on n'aura plus à craindre un éventuel verdict contraire de la part des jurés.

À mon avis, ces recommandations de la Commission de réforme du droit sont bien fondées pour un certain nombre de raisons.

(i) Les verdicts imposés en common law et le *Code criminel*

L'article 672 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, maintient la common law en ce qui concerne la conduite des procès par jury sauf dans le cas où la common law est incompatible avec le *Code criminel*:

672. La présente loi n'a pas pour effet de modifier, de restreindre ou d'atteindre un pouvoir ou une autorité qu'un tribunal ou un juge possédait immédiatement avant le 1^{er} avril 1955, ni une pratique ou formalité qui existait immédiatement avant le 1^{er} avril 1955, en ce qui concerne les procès par jury, la convocation du jury, les jurys ou jurés, sauf dans le cas où ce pouvoir ou cette autorité, cette pratique ou formalité est expressément modifiée par la présente loi ou est incompatible avec ses dispositions.

Avant 1955, les tribunaux avaient le pouvoir d'établir la procédure à suivre relativement aux verdicts imposés d'acquittal. L'exercice proposé de ce pouvoir (c.-à-d., la modification de la procédure) est compatible avec le *Code criminel*. En conséquence, il est loisible à notre Cour d'adopter la réforme proposée et de modifier la règle de common law concernant la procédure à suivre relativement aux verdicts imposés d'acquittal.

(ii) La justification initiale de la procédure n'est plus pertinente

Il est fort probable que la justification initiale de la procédure traditionnelle à suivre pour un verdict imposé était d'empêcher le juge d'exercer de façon abusive son pouvoir de libérer un jury. On a en partie adopté la procédure traditionnelle pour

ing a jury to preserve a faltering prosecution and to prevent an accused from obtaining an acquittal.

This original justification was explored in *R. v. Charlesworth* (1861), 31 L.J.M.C. 25. Cockburn C.J. described the abuses at p. 30:

... both at the Old Bailey and on the circuits it was the habit and practice of the Judges, in cases where the prosecution appeared about to break down from failure of proof, to discharge the jury, in order that an opportunity might be afforded of supplying the deficiency. . . . this practice of discharging juries for the purpose of furthering the administration of justice and preventing its frustration was converted into an engine of party and political oppression. . . .

Similarly, Crompton J. said, at p. 38, that:

... what was complained of as mischievous in the practice adopted in the earlier times was its abuse — in the time of Charles the Second, and probably before that, the practice was an abuse of the former practice of discharging juries when it became necessary — and that there was not any doubt what the result would be, if this improper discharge took place. I look at the proceedings in the case of *Fenwick and Whitbread* (where this practice of discharging juries was used in so odious and dangerous and unconstitutional a manner that it cannot be too strongly reprobated), as having been taken for the very purpose of having the prisoners tried afresh; inasmuch as the Judges knew that, if they discharged the jury, a man had not the benefit of an acquittal, and that, therefore, he was liable to be tried again.

Blackburn J. summed up the abuse and the response to the abuse, at pp. 43-44:

Before the Revolution it certainly was the practice to discharge a jury, whenever the Judge thought the interests of justice required it, in order that there might be a second trial. . . . After the Revolution no alteration was made, by the Bill of Rights or any other act, in the law or practice as to criminal trials; but the practice was changed. The reaction against the old abuses was great.

empêcher un juge de libérer un jury dans le but de préserver une poursuite chancelante et d'empêcher l'acquiescement d'un accusé.

Cette justification initiale a été examinée dans l'arrêt *R. c. Charlesworth* (1861), 31 L.J.M.C. 25. Voici comment le juge en chef Cockburn a décrit les abus, à la p. 30:

[TRADUCTION] . . . tant au Old Bailey que dans les cours de circuit, les juges avaient l'habitude, dans les cas où la poursuite paraissait presque prête à abandonner à cause d'un manque de preuve, de libérer le jury pour créer une possibilité de remédier à la carence. [. . .] cette pratique de libérer le jury pour favoriser l'administration de la justice et empêcher qu'elle soit contrecarrée est devenue un instrument d'oppression des parties et d'oppression politique. . . .

De même, le juge Crompton a affirmé, à la p. 38:

[TRADUCTION] . . . ce que l'on considérait comme nocif dans la pratique adoptée dans les temps anciens était l'exercice abusif qu'on en faisait — à l'époque de Charles II, et probablement avant, on faisait un exercice abusif de l'ancienne pratique de libérer le jury au besoin — et l'on n'avait aucun doute quant au résultat, advenant cette libération incorrecte. Je considère que les procédures dans *Fenwick and Whitbread* (où la libération du jury a été utilisée d'une façon si odieuse, dangereuse et inconstitutionnelle que l'on ne saurait la réprouver avec suffisamment de vigueur) ont été prises à la seule fin de faire subir un nouveau procès aux prisonniers; dans la mesure où les juges savaient que, s'ils libéraient le jury, un homme ne bénéficiait pas d'un acquiescement et que, en conséquence, il était susceptible de faire l'objet d'un nouveau procès.

Le juge Blackburn a résumé l'exercice abusif de la pratique et la réaction à cet abus, aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] Avant la Révolution, les juges avaient certes l'habitude de libérer un jury chaque fois que l'exigeaient les intérêts de la justice, pour qu'il puisse y avoir un second procès. [. . .] Après la Révolution, le Bill of Rights ou les autres lois n'ont apporté aucun changement aux règles de droit ou à la pratique en matière de procès criminels; cependant, la pratique a été modifiée. Les abus passés ont suscité d'intenses réactions.

However, this original justification is not relevant to the proposed procedural reform. First, judicial abuses of authority can now be protected against and corrected by the rights of appeal set out in the *Criminal Code* and by appeals based upon claims of *Charter* rights violations or abuse of process. Second, the proposed procedural reform involves no prejudice to the accused since it gives the judge the authority to remove the case from the jury and enter an acquittal. That is, it does not give a judge the authority to remove the case from the jury and leave the accused vulnerable to another trial for the same offence (of course a new trial might still be ordered if the acquittal is overturned on appeal). Therefore, while concerns about judicial abuses of authority may have originally justified the procedure they do not present any obstacle to reforming the procedure now.

(iii) Avoidance of unnecessary delay and needless formality

Requiring the trial judge, the counsel, the court staff, the accused, and everyone else involved to wait for the jury to retire, elect a foreperson, discuss the case amongst themselves, and return with a predetermined verdict results in unnecessary delay and needless formality in the administration of justice. This unnecessary delay and needless formality flies in the face of the legal maxim "*lex neminem cogit ad vana seu inutilia*" — "the law constrains no man to do that which is vain or futile" (*Wills & Sons v. McSherry*, [1913] 1 K.B. 20, at p. 25, and *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Vanden Avenne-Izegem P.V.B.A.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 133 (Q.B. (Com. Ct.)), at p. 160).

(iv) Reduction of jury frustration

The frustration caused by the traditional procedure is evident upon the record in the case at bar. The jury members were understandably upset at having sat through a lengthy trial only to be told that they were obliged to return the verdict the trial judge told them to return no matter what their opinion on the case. Any directed verdict proce-

Toutefois, cette justification initiale n'est nullement pertinente pour ce qui est de la réforme procédurale proposée. Premièrement, grâce aux droits d'appel prévus dans le *Code criminel* et aux appels relevant de la *Charte*, qu'il s'agisse de violations de droits garantis ou d'abus de procédure, il existe maintenant une protection contre un exercice abusif des pouvoirs judiciaires. Deuxièmement, la réforme proposée ne cause aucun préjudice à l'accusé puisqu'elle confère au juge le pouvoir de dessaisir le jury de l'affaire et d'inscrire un acquittement. Cette réforme ne donne donc pas au juge le pouvoir de dessaisir le jury de l'affaire et de laisser l'accusé dans une situation où il risquerait de faire l'objet d'un autre procès pour la même infraction (il va sans dire qu'il pourrait y avoir un nouveau procès si l'acquittement est infirmé en appel). En conséquence, si les préoccupations quant à l'exercice abusif par les juges de leurs pouvoirs ont pu justifier la procédure à l'origine, elles ne présentent plus d'obstacle à sa réforme.

(iii) Manière d'éviter les délais et les formalités inutiles

Obliger le juge du procès, les avocats, le personnel de la cour, l'accusé et toute autre personne concernée à attendre que les jurés se retirent, élisent un président, discutent de l'affaire entre eux et reviennent prononcer un verdict prédéterminé, entraîne un délai et des formalités inutiles pour l'administration de la justice. Ce délai et ces formalités inutiles vont à l'encontre de la maxime juridique "*lex neminem cogit ad vana seu inutilia*" — «la loi ne force personne à faire ce qui est vain ou inutile» (*Wills & Sons c. McSherry*, [1913] 1 K.B. 20, à la p. 25, et *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. c. Vanden Avenne-Izegem P.V.B.A.*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 133 (Q.B. (Com. Ct.)), à la p. 160).

(iv) Diminution de la frustration du jury

La frustration causée par l'utilisation de la procédure traditionnelle ressort du dossier en l'espèce. Les membres du jury étaient à juste titre contrariés d'avoir eu à entendre un long procès pour se faire dire qu'ils étaient obligés de rendre le verdict que leur dictait le juge peu importe leur opinion de l'affaire. Toute procédure de verdict imposé entraî-

dure will inevitably carry with it an element of frustration for the jury and that is unfortunate but unavoidable. However, it seems to add insult to injury to force the jury to bring back a verdict that they have not arrived at themselves. I believe that the frustration would be lessened by the actual removal of the decision from them rather than the artificial retention of it by them.

(v) Reduction of the risk of jury "disobedience"

With the current system, there is the risk that a jury will simply refuse to enter the verdict directed by the trial judge. It is not clear what response a trial judge would take in the face of such "disobedience". However, it is clear that the inevitable result would be an increased burden on the administration of justice (i.e., appeals). This risk can be reduced by removing the case from the jury entirely.

(vi) Preservation of jury independence

Having the trial judge withdraw the case from the jury and enter the verdict him- or herself leaves intact the notion of the independent jury. Jury members are supposed to make up their own minds about the guilt or innocence of the accused. It makes a mockery of this independence to allow the trial judge to direct the jury to find the accused not guilty.

(vii) Preservation of the division of responsibilities between judge and jury

In a trial by jury, it is the judge's responsibility to decide questions of law and it is the jury's responsibility to decide questions of fact. The jury must weigh the evidence placed before it. However, in cases in which there is no evidence, then there is nothing for the jury to weigh and there are no questions of fact. In such cases, the judge must decide the question of law and determine that, as a matter of law, the accused must be acquitted. Otherwise the dividing line between the responsibilities of judge and jury will be blurred.

nera inévitablement un élément de frustration pour le jury; cela est malheureux mais inévitable. Toutefois, il semble que l'on dépasse la mesure lorsque l'on oblige le jury à rendre un verdict auquel il n'est pas arrivé lui-même. À mon avis, la frustration serait réduite si on enlevait au jury l'obligation de rendre la décision au lieu de la lui conserver artificiellement.

(v) Réduction du risque de «désobéissance» de la part du jury

Dans le système actuel, il y a un risque que le jury refuse simplement de rendre le verdict imposé par le juge du procès. L'attitude qu'adopterait ou que devrait adopter le juge du procès face à une telle «désobéissance» n'est pas évidente. Toutefois, il est clair qu'un fardeau accru serait imposé à l'administration de la justice (c.-à-d. les appels). Ce risque peut être réduit en dessaisissant complètement le jury de l'affaire.

(vi) Garantie de l'indépendance du jury

Lorsque le juge du procès dessaisit le jury de l'affaire et rend lui-même le verdict, la notion d'indépendance du jury reste intacte. Les jurés sont censés prendre leur propre décision quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Permettre au juge du procès d'imposer au jury de déclarer l'accusé non coupable bafoue cette indépendance.

(vii) Maintien de la division des responsabilités entre le juge et le jury

Dans le cadre d'un procès par jury, il appartient au juge de trancher les questions de droit et au jury de se prononcer sur les questions de fait. Le jury doit faire l'appréciation des éléments de preuve qui lui sont présentés. Cependant, dans les cas où il n'existe aucune preuve, le jury n'a rien sur quoi fonder son appréciation et il n'y a pas de questions de fait. Dans ces cas, le juge doit trancher la question de droit et statuer que, du point de vue du droit, l'accusé doit être acquitté. Autrement, la division des responsabilités entre le juge et le jury serait confuse.

(viii) Conclusion

There is no statutory bar to reforming the traditional procedure for directed verdicts of acquittal. The original justification for the traditional procedure is not relevant to the proposed procedural reform. There are considerable policy justifications for reforming the procedure. I therefore conclude that the traditional procedure for directed verdicts of acquittal should be reformed.

(4) *Caveats*(i) *United States of America v. Shephard*

The Attorney General of Canada raised some concerns about the implications of the proposed procedural reform for the test for a directed verdict set out in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067 (i.e., that there must be no evidence of an essential element of the offence charged). However, nothing that I have said in these reasons alters the test for a directed verdict set out in *United States of America v. Shephard*. These reasons are simply about the procedure that should be followed once that test has been passed.

(ii) Section 676(1)(a) of the Criminal Code

The Attorney General of Nova Scotia raised some concerns about the implications of the proposed procedural reform for the right of the Attorney General to appeal to a court of appeal under s. 676 of the *Criminal Code*:

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

He submitted that the traditional interpretation of "trial court" is "the jury", but that "trial court" in s. 676(1)(a) should be interpreted as "the jury"

(viii) Conclusion

Rien dans les lois n'interdit de procéder à une réforme de la procédure traditionnelle à suivre relativement aux verdicts imposés d'acquiescement. La justification initiale de la procédure traditionnelle n'est pas pertinente pour la réforme proposée. Il existe de nombreuses justifications de principe de procéder à cette réforme. Je conclus en conséquence qu'il y a lieu de modifier la procédure traditionnelle à suivre pour les verdicts imposés d'acquiescement.

(4) *Mises en garde*(i) *États-Unis d'Amérique c. Shephard*

Le procureur général du Canada a soulevé certaines préoccupations relativement aux répercussions de la réforme proposée sur le critère pour un verdict imposé qui a été formulé dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067 (c'est-à-dire qu'il ne doit y avoir aucune preuve d'un élément essentiel de l'infraction reprochée). Cependant, je n'ai rien dit en l'espèce qui modifie le critère pour un verdict imposé formulé dans cet arrêt. Mes motifs portent simplement sur la procédure qui doit être suivie une fois que l'on a satisfait au critère.

(ii) L'alinéa 676(1)a du Code criminel

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a soulevé certaines préoccupations relativement aux répercussions de la réforme proposée sur le droit du procureur général d'introduire un recours devant la cour d'appel en vertu de l'art. 676 du *Code criminel*:

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement d'un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

Il a soutenu que l'on considère traditionnellement que l'expression «tribunal de première instance» signifie «le jury» mais que, dans l'al.

or "the judge alone". This will ensure that the Attorney General continues to have a right to appeal to a court of appeal from a directed verdict of acquittal.

Indeed, for the purposes of a directed verdict of acquittal entered by a judge following removal of a case from the jury, "trial court" in s. 676(1)(a) should be interpreted as "the judge alone".

(iii) Section 606(4) of the *Criminal Code*

The appellants asked this Court to turn its attention to the issue of the proper procedure to be followed in cases where the accused enters a plea under s. 606(4) of the *Criminal Code*:

606. . . .

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, where an accused or defendant pleads not guilty of the offence charged but guilty of any other offence arising out of the same transaction, whether or not it is an included offence, the court may, with the consent of the prosecutor, accept that plea of guilty and, if the plea is accepted, the court shall find the accused or defendant not guilty of the offence charged and find him guilty of the offence in respect of which the plea of guilty was accepted and enter those findings in the record of the court.

This issue is collateral to the case at bar. However, since the appellants made submissions on the issue and since the respondent agreed with the appellants' submissions, I see no need to wait for a case squarely on this issue to be brought to this Court. As I said earlier in these reasons, we are dealing here with judge-made law and it is open to us to reform that law.

The traditional interpretation of "court" in s. 606(4) is "the jury". The most recent reliance on this interpretation is found in *R. v. Chrétien* (1989), 70 C.R. (3d) 43 (Que. C.A.). However, the reasons outlined earlier as reasons to change the common law procedure re directed verdicts of acquittal are also reasons to change the common

676(1)a), elle devrait signifier «le jury» ou «le juge seul». Le procureur général continuerait alors d'avoir un droit d'appel devant la cour d'appel contre un verdict imposé d'acquiescement.

En fait, pour les fins d'un verdict imposé d'acquiescement inscrit par un juge une fois le jury dessaisi de l'affaire, l'expression «tribunal de première instance» utilisée à l'al. 676(1)a) devrait être interprétée comme signifiant «le juge seul».

(iii) Le paragraphe 606(4) du *Code criminel*

Les appelants demandent à notre Cour d'examiner la question de la procédure à suivre dans les cas où l'accusé inscrit un plaidoyer en vertu du par. 606(4) du *Code criminel*:

606. . . .

(4) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le tribunal peut, avec le consentement du poursuivant, accepter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé ou du défendeur qui, tout en niant sa culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est inculpé, s'avoue coupable d'une autre infraction se rapportant à la même affaire, qu'il s'agisse ou non d'une infraction incluse et, si ce plaidoyer est accepté, le tribunal doit déclarer l'accusé ou le défendeur non coupable de l'infraction dont il est inculpé, déclarer l'accusé ou le défendeur coupable de l'infraction à l'égard de laquelle son plaidoyer de culpabilité a été accepté et consigner ces déclarations au dossier du tribunal.

Il s'agit en l'espèce d'une question incidente. Cependant, puisque les appelants ont formulé des observations à ce sujet et que l'intimée est d'accord avec ces observations, je ne vois aucun motif pour lequel notre Cour devrait attendre d'être directement saisie de cette question. Comme je l'ai déjà précisé dans les présents motifs, nous traitons en l'espèce de droit prétorien et il nous appartient de réformer ce droit.

On a traditionnellement considéré que le terme «tribunal» employé au par. 606(4) signifie «le jury». C'est dans l'arrêt *R. c. Chrétien* (1989), 70 C.R. (3d) 43 (C.A. Qué.) que l'on a le plus récemment appliqué cette interprétation. Cependant, les motifs déjà exposés à l'appui de la modification de la procédure de common law en matière de ver-

law interpretation of "court" in s. 606(4). Therefore, I conclude that "court", for directed verdicts under s. 606(4), should be interpreted as "the judge alone". The proper practice after an accused has been given in charge to the jury and wishes to plead guilty with prosecutorial consent, is for the trial judge, in the absence of the jury, to consider the appropriateness of the plea and rule whether it is acceptable. If the plea is acceptable, then the jury may be discharged and the "court" (now consisting of the judge alone) may record the verdict of not guilty to the offence charged and guilty to the lesser offence admitted.

(iv) Section 536 of the Criminal Code and s. 11(f) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

536. . . .

(2) Where an accused is before a justice charged with an offence, other than an offence listed in section 469, and the offence is not one over which a provincial court judge has absolute jurisdiction under section 553, the justice shall, after the information has been read to the accused, put the accused to his election in the following words:

You have the option to elect to be tried by a provincial court judge without a jury and without having had a preliminary inquiry; or you may elect to have a preliminary inquiry and to be tried by a judge without a jury; or you may elect to have a preliminary inquiry and to be tried by a court composed of a judge and jury. If you do not elect now, you shall be deemed to have elected to have a preliminary inquiry and to be tried by a court composed of a judge and jury. How do you elect to be tried?

11. Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment.

dicts imposés d'acquittement justifient également la modification de l'interprétation donnée en commun law au terme «tribunal» employé au par. 606(4). En conséquence, je conclus que le terme «tribunal» devrait être interprété, dans le cas de verdicts imposés en vertu du par. 606(4), comme signifiant «le juge seul». Lorsque le sort de l'accusé a été confié au jury et que cet accusé désire, avec le consentement du poursuivant, plaider coupable, la pratique veut à bon droit que le juge de première instance examine, en l'absence du jury, le caractère approprié du plaidoyer et décide s'il est acceptable. Dans l'affirmative, le jury peut alors être libéré et le «tribunal» (dorénavant le juge seul) peut déclarer l'accusé non coupable de l'infraction dont il est inculpé et coupable de l'infraction moindre admise.

(iv) L'article 536 du Code criminel et l'al. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés

536. . . .

(2) Lorsqu'un prévenu est inculpé devant un juge de paix d'une infraction autre qu'une infraction mentionnée à l'article 469 et que l'infraction n'en est pas une à l'égard de laquelle un juge de la cour provinciale a juridiction absolue en vertu de l'article 553, le juge de paix, après que la dénonciation a été lue au prévenu, l'appelle à faire son choix dans les termes suivants:

Vous avez le choix d'être jugé par un juge de la cour provinciale sans jury et sans enquête préliminaire; ou vous pouvez choisir d'être jugé par un juge sans jury après une enquête préliminaire; ou encore vous pouvez choisir d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury après une enquête préliminaire. Si vous ne faites pas ce choix maintenant, vous êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury après une enquête préliminaire. Comment choisissez-vous d'être jugé?

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

It might be argued that the proposed procedural modification undercuts the accused's election to be tried by a judge and jury under s. 536 of the *Criminal Code* and the accused's right to trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*. I should note that I find this argument unpersuasive. The guarantee set out in s. 11(f) of the *Charter* is to guarantee anyone accused of certain more serious offences not to have their liberty, guaranteed under s. 7, restricted as a result of a conviction unless by a court composed of a judge and jury. The power in issue here being limited to directing a verdict to the advantage of the accused does not give rise to any such restriction.

IV. Conclusion

I conclude that the common law procedure with respect to directed verdicts should be modified — in instances where in the past the trial judge would have directed the jury to return a particular verdict, the trial judge should now say “as a matter of law, I am withdrawing the case from you and I am entering the verdict I would otherwise direct you to give as a matter of law”.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Rowbotham: Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Solicitors for the appellant Roblin: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

On pourrait soutenir que le projet de modification procédurale compromet le choix d'un accusé de subir son procès devant un juge et un jury aux termes de l'art. 536 du *Code criminel* et le droit de l'accusé à un procès avec jury que prévoit l'al. 11f) de la *Charte*. À mon avis, cet argument n'est pas convaincant. Le droit prévu à l'al. 11f) de la *Charte* vise à garantir à toute personne accusée de certaines infractions graves que sa liberté, protégée par l'art. 7, ne sera pas restreinte par suite d'une déclaration de culpabilité à moins qu'elle ne soit rendue par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Le pouvoir visé en l'espèce étant limité à l'imposition d'un verdict à l'avantage de l'accusé, il ne donne pas lieu à une telle restriction.

IV. Conclusion

Je conclus qu'il y a lieu de modifier la procédure de common law relative aux verdicts imposés — dans les cas où, par le passé, le juge du procès aurait obligé le jury à rendre un verdict en particulier, le juge du procès devrait maintenant dire «en droit, je vous dessaisis de l'affaire et je rends le verdict que, autrement, je vous imposerais sur le plan du droit».

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant Rowbotham: Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Procureurs de l'appellant Roblin: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Tonino Stellato *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STELLATO

File No.: 23454.

1994: June 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Impaired driving — Proof — Marked departure from normal not necessary — Offence proved by any degree of impairment.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 12 O.R. (3d) 90, 61 O.A.C. 217, 78 C.C.C. (3d) 380, 18 C.R. (4th) 127, 43 M.V.R. (2d) 120, dismissing an appeal from a judgment of Taliano J. dismissing an appeal from conviction by Main Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Maurizio Stellato and Gaetano Matteazzi, for the appellant.

F. Richard Connolly, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — We are all of the view, for the reasons given by Labrosse J.A. for the Court of Appeal (1993), 12 O.R. (3d) 90, that the appeal fails.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Maurizio Stellato, Etobicoke.

Tonino Stellato *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. STELLATO

^b N° du greffe: 23454.

1994: 13 juin.

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

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

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies — Preuve — Non nécessité d'une dérogation marquée à la normale — Infraction prouvée par tout degré de facultés affaiblies.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 12 O.R. (3d) 90, 61 O.A.C. 217, 78 C.C.C. (3d) 380, 18 C.R. (4th) 127, 43 M.V.R. (2d) 120, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Taliano de rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité du juge Main de la Cour provinciale. ^f Pourvoi rejeté.

Maurizio Stellato et Gaetano Matteazzi, pour l'appellant.

^g *F. Richard Connolly, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi échoue, pour les motifs exposés par le juge Labrosse de la Cour d'appel (1993), 12 O.R. (3d) 90.

ⁱ Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

^j *Procureur de l'appellant: Maurizio Stellato, Etobicoke.*

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

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

Marven McIntyre *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MCINTYRE

File No.: 23673.

1994: June 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Accused arrested in connection with murder of nun — Undercover police officer placed in accused's cell to obtain statement but without success — Accused later making inculpatory statements to undercover police officers after being released — Whether accused's right to remain silent infringed — If so, whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1993), 135 N.B.R. (2d) 266, 344 A.P.R. 266, dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Anne Dugas-Horsman, for the appellant.

Graham J. Sleeth, Q.C., for the respondent.

Marven McIntyre *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MCINTYRE

b N° du greffe: 23673.

1994: 14 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Accusé arrêté relativement au meurtre d'une religieuse — Policier banalisé placé dans la cellule de l'accusé pour obtenir une déclaration mais sans succès — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à des policiers banalisés alors qu'il avait été relâché — Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266, 344 A.P.R. 266, qui a rejeté l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Anne Dugas-Horsman, pour l'appellant.

Graham J. Sleeth, c.r., pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

GONTHIER J. — The appellant argues that his statements made to undercover police officers after he had been released but while he was still the subject of a murder charge are inadmissible under ss. 7 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We share the view of the majority that the accused was not detained within the meaning of *Hebert* and *Broyles*. Furthermore, the tricks used by the police were not likely to shock the community or cause the accused's statements not to be free and voluntary. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Fowler & Fowler, Moncton.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Fredericton.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — L'appellant invoque l'irrecevabilité selon les art. 7 et 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* des déclarations de l'accusé à des policiers banalisés alors qu'il avait été relâché mais faisait toujours l'objet d'une accusation de meurtre. Nous partageons l'avis de la majorité que l'accusé n'était pas détenu au sens des arrêts *Hebert* et *Broyles*. Par ailleurs, les artifices utilisés par les policiers n'étaient pas de nature à choquer la collectivité ou enlever aux déclarations de l'accusé leur caractère libre et volontaire. L'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Fowler & Fowler, Moncton.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Fredericton.

Earl Hugh Giesbrecht *Appellant*

v.

Her Majesty the Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GIESBRECHT

File No.: 23586.

1994: June 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Evidence — Accused's statements to psychiatrists — Hearsay — No error in trial judge's charge to jury with respect to weight to be given expert psychiatric evidence.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 20 C.R. (4th) 73, 85 Man. R. (2d) 69, 41 W.A.C. 69, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of murder. Appeal dismissed.

Heather Leonoff, for the appellant.

Richard A. Saull, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — The only ground in this appeal is based on alleged error in the charge to the jury with respect to the weight to be given expert psychiatric evidence.

In giving their evidence, the psychiatrists called by the defence did not particularize the statements from the accused, on which they relied in order to

Earl Hugh Giesbrecht *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GIESBRECHT

N° du greffe: 23586.

^b 1994: 14 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Déclarations de l'accusé à des psychiatres — Ouï-dire — Aucune erreur dans l'exposé du juge du procès au jury quant au poids à accorder aux témoignages d'expert faits par des psychiatres.

^c **Jurisprudence**

Arrêts mentionnés: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 20 C.R. (4th) 73, 85 Man. R. (2d) 69, 41 W.A.C. 69, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre. Pourvoi rejeté.

^g *Heather Leonoff*, pour l'appelant.

Richard A. Saull, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le seul moyen invoqué en l'espèce est fondé sur une erreur qui aurait été commise dans l'exposé au jury quant au poids à accorder aux témoignages d'expert faits par des psychiatres.

En témoignant, les psychiatres appelés par la défense n'ont pas spécifié les déclarations de l'accusé, sur lesquelles ils se sont fondés pour former

arrive at their opinions. Such statements as were specifically referred to were properly characterized as hearsay in that they consisted of statements by the accused as to his past state of mind at the time of the offence. These were not statements from which the experts inferred the accused's state of mind. Moreover, we are not satisfied that the statements meet the criteria of *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915.

In the circumstances, the trial judge did not err in characterizing these statements as hearsay and not to be relied on for the truth of the facts, nor in stating that this should be considered in determining the weight to be given to the evidence of the experts.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

leur opinion. Les déclarations mentionnées expressément ont été qualifiées à bon droit de ouï-dire du fait qu'il s'agissait de déclarations de l'accusé quant à son état d'esprit au moment de l'infraction. Ce n'étaient pas des déclarations à partir desquelles les experts ont inféré l'état d'esprit de l'accusé. De plus, nous ne sommes pas convaincus qu'elles satisfont aux critères des arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

Dans les circonstances, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en qualifiant ces déclarations de ouï-dire et en affirmant qu'il ne fallait pas se fonder sur celles-ci pour établir la véracité des faits et qu'il y avait lieu d'en tenir compte pour déterminer le poids à accorder au témoignage des experts.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jerry Andrew Godin *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GODIN

File No.: 23675.

1994: June 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Assault causing bodily harm — Mens rea — Whether intent to wound, maim or disfigure necessary — Whether imposing evidentiary burden on accused misplaced burden of proof placed on accused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1).

Cases Cited

Referred to: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1993), 135 N.B.R. (2d) 183, 344 A.P.R. 183, 82 C.C.C. (3d) 44, 22 C.R. (4th) 265, allowing an appeal from conviction by Arseneault Prov. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

D. Bennett MacDonald, for the appellant.

Gordon W. Kierstead, as *amicus curiae*.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Jerry Andrew Godin** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. GODIN

^b N° du greffe: 23675.

1994: 16 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

^d

Droit criminel — Voies de fait causant des lésions corporelles — Mens rea — L'intention de blesser, mutiler ou défigurer est-elle nécessaire? — L'imposition de la charge de présentation à l'accusé a-t-elle reporté sur lui la charge de la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 268(1).

Jurisprudence

^f

Arrêts mentionnés: *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

^g Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 268(1).

^h

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 183, 344 A.P.R. 183, 82 C.C.C. (3d) 44, 22 C.R. (4th) 265, qui a accueilli un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Arseneault de la Cour provinciale, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

ⁱ

D. Bennett MacDonald, pour l'appelante.

^j

Gordon W. Kierstead, en qualité d'*amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — The *mens rea* required for s. 268(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is objective foresight of bodily harm. It is not necessary that there be an intent to wound or maim or disfigure. The section pertains to an assault that has the consequences of wounding, maiming or disfiguring. This result flows from the decisions of the Court in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, and *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

Further, although the trial judge erred with regard to the requisite intent required for the section, the error benefitted the respondent in that it was more onerous than required.

We respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal (1993), 135 N.B.R. (2d) 183, 344 A.P.R. 183, regarding the issue of the burden of proof. The trial judge merely placed an evidentiary burden on the respondent. The ultimate burden remained on the appellant throughout. The trial judge carefully reviewed the evidence and properly concluded that the respondent should be convicted.

The appeal is therefore allowed. The order of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for New Brunswick, Campbellton.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: McIntyre, Kierstead & Landry, Dalhousie.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — La *mens rea* requise aux fins du par. 268(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est la prévision objective de lésions corporelles. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu intention de blesser, mutiler ou défigurer. Le paragraphe se rapporte à des voies de fait qui ont pour conséquence de blesser, mutiler ou défigurer. Cela découle des décisions des arrêts *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, et *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, de notre Cour.

En outre, même si le juge du procès a commis une erreur en ce qui concerne l'intention requise aux fins de cette disposition, c'est l'intimé qui en a bénéficié du fait que l'intention qu'il fallait alors prouver imposait une charge plus lourde que ce qui est requis.

En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord avec la Cour d'appel à la majorité (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 183, 344 A.P.R. 183, en ce qui concerne la charge de la preuve. Le juge du procès n'a fait qu'imposer une charge de présentation à l'intimé. La charge ultime a toujours incombé à l'appelante. Le juge du procès a examiné la preuve avec soin et a conclu à bon droit que l'intimé devait être reconnu coupable.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Campbellton.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae: McIntyre, Kierstead & Landry, Dalhousie.

Roger Jan Richer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RICHER

File No.: 23812.

1994: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — First degree murder — Charge to jury — Charge as a whole not containing errors which would have misdirected jury — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 141 A.R. 116, 46 W.A.C. 116, 82 C.C.C. (3d) 385, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal dismissed.

Noel C. O'Brien, Q.C., for the appellant.*Ken Tjosvold*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MAJOR J. — This is an appeal as of right from a decision of the Alberta Court of Appeal delivered on June 24, 1993.

We agree with the majority of the Court of Appeal that the charge to the jury read in its entirety did not contain errors, the effect of which would have misdirected the jury.

There was evidence upon which a jury properly instructed, acting reasonably, could come to the conclusion they did.

In the result the appeal is dismissed.

Roger Jan Richer *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. RICHER

N° du greffe: 23812.

^b 1994: 17 juin.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA^d *Droit criminel — Meurtre au premier degré — Exposé au jury — L'exposé au jury dans son ensemble ne comportait pas d'erreur ayant pour effet qu'il aurait reçu des directives erronées — Déclaration de culpabilité confirmée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 141 A.R. 116, 46 W.A.C. 116, 82 C.C.C. (3d) 385, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée contre lui. Pourvoi rejeté.

^e *Noel C. O'Brien, c.r.*, pour l'appellant.*Ken Tjosvold*, pour l'intimée.^f Version française du jugement de la Cour rendu oralement par^g LE JUGE MAJOR — Il s'agit d'un pourvoi de plein droit contre un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta rendu le 24 juin 1993.^h À l'instar de la Cour d'appel à la majorité, nous sommes d'avis que l'exposé au jury, pris dans son ensemble, ne comportait pas d'erreur ayant pour effet qu'il aurait reçu des directives erronées.ⁱ Il y avait des éléments de preuve qui permettaient à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de parvenir à la conclusion à laquelle le jury est parvenu.^j En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: O'Brien Devlin
Markey MacLeod, Calgary.*

*Procureurs de l'appellant: O'Brien Devlin
Markey MacLeod, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Ken Tjosvold,
Edmonton.*

*Procureur de l'intimée: Ken Tjosvold,
Edmonton.*

**Daniel Boersma and Ronae William
Nicols Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. BOERSMA

File No.: 23889.

1994: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Plants cultivated in plain sight on Crown land — No reasonable expectation of privacy — Accused not entitled to protection of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 38 B.C.A.C. 310, 62 W.A.C. 310, allowing the Crown's appeal from the acquittals of the accused on charges of cultivating marihuana and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Peter Jensen, for the appellants.

S. David Frankel, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This appeal comes to us as of right. The appellants were charged with the possession and cultivation of marihuana on what was Crown land. The plants were being cultivated in plain sight and were observed by police officers walking by on a dirt road. In these circumstances,

**Daniel Boersma et Ronae William
Nicols Appelants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. BOERSMA

N° du greffe: 23889.

1994: 17 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de marijuana — Plants cultivés à la vue de tous sur une terre de la Couronne — Aucune attente raisonnable en matière de vie privée — Accusés n'ayant pas droit à la protection de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 38 B.C.A.C. 310, 62 W.A.C. 310, qui a accueilli l'appel du ministère public contre les acquittements des accusés relativement à des accusations de culture de marijuana, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Peter Jensen, pour les appelants.

S. David Frankel, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Les appelants ont été accusés de possession et de culture de marijuana sur ce qui était une terre de la Couronne. Les plants étaient cultivés à la vue de tous et ont été aperçus par des policiers qui marchaient sur un chemin de terre.

we agree with Lambert J.A. of the British Columbia Court of Appeal that the appellants had no reasonable expectation of privacy with respect to the area on which marihuana was being cultivated and were thus not entitled to the protection of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: Peter Jensen, Kamloops.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Dans ces circonstances, nous sommes d'accord avec le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que les appelants n'avaient aucune attente raisonnable en matière de vie privée pour ce qui est du secteur où la marijuana était cultivée et qu'ils n'avaient donc pas droit à la protection de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: Peter Jensen, Kamloops.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

**The Maritime Life Assurance
Company Appellant**

v.

**Saskatchewan River Bungalows Ltd. and
Connie Doreen Fikowski Respondents**

INDEXED AS: SASKATCHEWAN RIVER BUNGALOWS LTD. v.
MARITIME LIFE ASSURANCE CO.

File No.: 23194.

1994: March 14; 1994: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

*Insurance — Policy lapse — Waiver — Insurance
premium remaining unpaid after grace period expired —
Insurer requesting immediate payment of premium —
Whether insurer waived right to compel timely payment
under policy — If so, whether waiver still in effect when
payment tendered.*

*Insurance — Relief against forfeiture — Waiver —
Insurance premium remaining unpaid after grace period
expired — Insurer requesting immediate payment of pre-
mium — Whether insurer waived right to compel timely
payment under policy — If not, whether relief against
forfeiture should be granted under s. 10 of Judicature
Act, R.S.A. 1980, c. J-1.*

In 1978, Maritime issued an insurance policy on the
life of MF to the respondent Saskatchewan River Bun-
galows Ltd. ("SRB"). In 1984, ownership of the policy
was transferred to the respondent Fikowski ("CF"), who
became the beneficiary. SRB remained responsible for
paying the annual premiums. On July 24, 1984, SRB
mailed a cheque to pay the annual premium due on July
26, but this cheque was never received by Maritime, nor
was it deducted from SRB's bank account. After the
grace period expired on August 26, Maritime sent a late
payment offer to SRB agreeing to accept payment of the
July premium if it was postmarked or received by Sep-
tember 8, but SRB did not respond to this offer. In Nov-
ember Maritime wrote a letter advising CF that the pre-
mium due on July 26, 1984 remained unpaid and stating
that "this policy is now technically out of force, and we

**La Maritime, Compagnie d'assurance-
vie Appelante**

c.

**Saskatchewan River Bungalows Ltd. et
Connie Doreen Fikowski Intimées**

RÉPERTORIÉ: SASKATCHEWAN RIVER BUNGALOWS LTD. c.
LA MARITIME, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE

N° du greffe: 23194.

1994: 14 mars; 1994: 23 juin.

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

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

*Assurance — Déchéance de police — Renonciation
— Prime d'assurance demeurant impayée à l'expiration
du délai de grâce — Assureur demandant le paiement
immédiat de la prime — L'assureur a-t-il renoncé au
droit d'exiger le paiement dans le délai prévu par la
police? — Dans l'affirmative, la renonciation s'appli-
quait-elle toujours lorsque le paiement a été offert?*

*Assurance — Levée de déchéance — Renonciation —
Prime d'assurance demeurant impayée à l'expiration du
délai de grâce — Assureur demandant le paiement
immédiat de la prime — L'assureur a-t-il renoncé au
droit d'exiger le paiement dans le délai prévu par la
police? — Dans la négative, y a-t-il lieu de lever la
déchéance aux termes de l'art. 10 de la Judicature Act,
R.S.A. 1980, ch. J-1?*

En 1978, La Maritime a établi une police d'assurance
sur la tête de MF en faveur de l'intimée Saskatchewan
River Bungalows Ltd. («SRB»). En 1984, la propriété
de la police a été transférée à l'intimée Fikowski («CF»)
qui en est alors devenue la bénéficiaire, SRB conservant
l'obligation de payer les primes annuelles. Le 24 juillet
1984, SRB a mis à la poste un chèque pour payer la
prime annuelle échéant le 26 juillet, mais La Maritime
n'a jamais reçu ce chèque qui n'a pas non plus été
débité du compte bancaire de SRB. Après l'expiration
du délai de grâce le 26 août, La Maritime a envoyé une
offre de paiement tardif à SRB. Elle y offrait d'accepter
le paiement de la prime de juillet à la condition qu'il
porte une date d'oblitération qui ne soit pas postérieure
au 8 septembre ou qu'il soit remis à cette même date.
SRB n'a toutefois pas répondu à cette offre. En novem-

will require immediate payment of \$1,361 to pay the July 1984-85 premium". Finally, in February 1985 Maritime sent a notice of policy lapse to the respondents. The application for reinstatement appended to the notice required evidence of insurability. Since SRB closed its hotel business and picked up the corporate mail infrequently during the winter season, it did not become aware of the late payment offer, the November letter or the lapse notice until April 1985. It then began to search for the lost premium cheque. It was not until July 1985 that SRB sent a replacement cheque to Maritime, and a cheque for the 1985 premium. Both cheques were refused. MF was by then terminally ill and uninsurable. He died in August. Maritime rejected SRB's claim for benefits under the policy on the ground that it was no longer in force. The trial judge dismissed the respondents' claim for benefits under the policy and refused to grant them relief against forfeiture. A majority of the Court of Appeal allowed the respondents' appeal. The issues here are whether Maritime waived its right to compel timely payment in accordance with the terms of the policy, and, if there was no waiver, whether the respondents are entitled to relief against forfeiture under s. 10 of the *Judicature Act*.

Held: The appeal should be allowed.

The respondents are not entitled to any of the benefits under the policy. The demand for payment in the November letter was a clear and unequivocal expression of Maritime's intention to continue coverage upon payment of the July premium and, as such, constituted waiver of the time requirements for payment under the policy. The waiver was not still in effect, however, when SRB tendered payment of the missing premium in July 1985. Waiver can be retracted if reasonable notice is given to the party in whose favour it operates. A notice requirement should not be imposed, however, where there is no reliance on the waiver. Here, the respondents were not aware of Maritime's waiver until they received the November letter in April 1985 and therefore did not rely on it. The statement that "this policy has lapsed" contained in the February lapse notice accordingly took effect on its terms. In any event, once the respondents opened their mail in April 1985, they clearly became aware of Maritime's intention to retract its waiver. Even if a reasonable notice requirement were imposed, it would thus be adequately met by the respon-

bre, La Maritime a, par lettre, avisé CF que la prime échue le 26 juillet 1984 était toujours en souffrance. Cette lettre indiquait que «cette police est maintenant formellement sans effet et nous exigeons le paiement immédiat de 1 361 \$ pour acquitter la prime de juillet 1984-1985». Enfin, en février 1985, La Maritime a envoyé aux intimées un avis de déchéance de la police. La demande de remise en vigueur jointe à cet avis exigeait une preuve d'assurabilité. Étant donné qu'elle avait fermé son hôtel et qu'elle recueillait peu souvent le courrier de l'entreprise pendant la saison hivernale, SRB n'a pu prendre connaissance de l'offre de paiement tardif, de la lettre de novembre et de l'avis de déchéance qu'en avril 1985. Elle s'est alors mise à la recherche du chèque perdu. Ce n'est qu'en juillet 1985 que SRB a envoyé à La Maritime un chèque de remplacement et un chèque pour la prime de 1985. Tous deux ont été refusés. MF était alors en phase terminale et non assurable. Il est décédé en août. La Maritime a rejeté la demande d'indemnité de SRB aux termes de la police pour le motif que celle-ci n'était plus en vigueur. Le juge de première instance a rejeté la demande d'indemnité des intimées aux termes de la police et a refusé de lever la déchéance. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel des intimées. Le pourvoi soulève les questions suivantes: La Maritime a-t-elle renoncé à son droit d'exiger un paiement en temps opportun conformément aux modalités de la police et, s'il n'y a pas eu renonciation, les intimées ont-elles droit à la levée de la déchéance aux termes de l'art. 10 de la *Judicature Act*?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les intimées n'ont droit à aucune prestation aux termes de la police. La demande de paiement dans la lettre de novembre était une expression claire et sans équivoque de l'intention de La Maritime de maintenir la couverture moyennant le paiement de la prime de juillet et, à ce titre, constituait une renonciation au délai imparti pour payer la prime prévue dans la police. La renonciation ne s'appliquait toutefois plus lorsque SRB a offert le paiement de la prime échue en juillet 1985. On peut résilier une renonciation si un avis raisonnable est donné à la partie en faveur de laquelle elle joue. Une exigence d'avis ne devrait toutefois pas être imposée lorsqu'on ne s'est pas fié à la renonciation. En l'espèce, les intimées n'ont pris connaissance de la renonciation de La Maritime que lorsqu'elles ont reçu, en avril 1985, la lettre de novembre et elles ne se sont donc pas fiées à cette renonciation. La déclaration portant que «cette police est tombée en déchéance», contenue dans l'avis de déchéance de février, avait plein effet. Quoi qu'il en soit, lorsque les intimées ont ouvert leur courrier en avril 1985, elles ont évidemment pris connaissance de

dents' failure to tender a replacement cheque until July 1985, three months later. Maritime had no obligation to accept the replacement cheque, and the policy lapsed. Maritime was required to reinstate coverage only if the respondents provided evidence of insurability, which was not possible in this case.

Relief against forfeiture is an equitable remedy and is purely discretionary. The factors to be considered by the court in the exercise of its discretion are the conduct of the applicant, the gravity of the breaches, and the disparity between the value of the property forfeited and the damage caused by the breach. The reasonable conduct requirement is not met in this case. The respondents knew, at all relevant times, that MF was terminally ill and uninsurable, but they nonetheless chose to have their correspondence from Maritime sent to a post office mail box over the winter, and to collect their mail only intermittently. When the respondents learned that payment of the premium was nine months overdue in April 1985, they did not tender a replacement cheque, but rather waited three months, until July 1985. As the respondents are barred by their conduct from recovering, it is not necessary to determine whether the court's general power to relieve against forfeiture under s. 10 of the *Judicature Act* applies to contracts regulated by the *Insurance Act* or whether relief from forfeiture can operate generally as a before-loss remedy in the insurance context.

Cases Cited

Referred to: *Holwell Securities Ltd. v. Hughes*, [1974] 1 All E.R. 161; *W. J. Alan & Co. v. El Nasr Export and Import Co.*, [1972] 2 Q.B. 189; *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584; *Mitchell and Jewell Ltd. v. Canadian Pacific Express Co.*, [1974] 3 W.W.R. 259; *Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 S.C.R. 61; *Federal Business Development Bank v. Steinbock Development Corp.* (1983), 42 A.R. 231; *Duplisea v. T. Eaton Life Assurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 144; *Anguish v. Maritime Life Assurance Co.* (1987), 51 Alta. L.R. (2d) 376, leave to appeal refused, [1988] 2 S.C.R. vii; *McGeachie v. North American Life Assurance Co.* (1893), 20 O.A.R. 187 (C.A.), aff'd (1893), 23 S.C.R. 148; *Northern Life Assurance Co. of Canada v. Reier-*

l'intention de La Maritime de résilier sa renonciation. Même si une exigence d'avis raisonnable était imposée, l'omission des intimées d'offrir un chèque de remplacement avant juillet 1985, soit trois mois plus tard, y satisfait adéquatement. La Maritime n'était pas tenue d'accepter le chèque de remplacement et la police est tombée en déchéance. Elle n'était tenue de remettre la police en vigueur que si les intimées fournissaient une preuve d'assurabilité, ce qui était impossible en l'espèce.

La levée de la déchéance est une réparation d'*equity* et est purement discrétionnaire. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit tenir compte du comportement du requérant, de la gravité des manquements et de l'écart entre la valeur du bien frappé de déchéance et le tort causé par le manquement. On ne satisfait pas à l'exigence de la conduite raisonnable en l'espèce. Les intimées savaient, à toutes les époques pertinentes, que MF était en phase terminale et non assurable. Elles ont néanmoins choisi de faire suivre les lettres de La Maritime dans une boîte postale, à un bureau de poste, pendant l'hiver et de ne recueillir leur courrier qu'irrégulièrement. Lorsqu'en avril 1985 elles ont appris que le paiement de la prime était échu depuis neuf mois, les intimées n'ont offert aucun chèque de remplacement, mais ont plutôt attendu trois mois, jusqu'en juillet 1985. Puisqu'en raison de leur comportement les intimées n'ont pas droit à un recouvrement, il n'est pas nécessaire de déterminer si le pouvoir général qu'a la cour de lever la déchéance, en vertu de l'art. 10 de la *Judicature Act*, s'applique aux contrats régis par l'*Insurance Act*, ou si la levée de la déchéance peut généralement faire fonction de réparation avant sinistre dans le contexte des assurances.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Holwell Securities Ltd. c. Hughes*, [1974] 1 All E.R. 161; *W. J. Alan & Co. c. El Nasr Export and Import Co.*, [1972] 2 Q.B. 189; *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584; *Mitchell and Jewell Ltd. c. Canadian Pacific Express Co.*, [1974] 3 W.W.R. 259; *Marchischuk c. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 R.C.S. 61; *Federal Business Development Bank c. Steinbock Development Corp.* (1983), 42 A.R. 231; *Duplisea c. T. Eaton Life Assurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 144; *Anguish c. Maritime Life Assurance Co.* (1987), 51 Alta. L.R. (2d) 376, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 2 R.C.S. vii; *McGeachie c. North American Life Assurance Co.* (1893), 20 O.A.R. 187 (C.A.), conf. par (1893), 23 R.C.S. 148; *Northern Life Assurance Co. of*

son, [1977] 1 S.C.R. 390; *Hartley v. Hymans*, [1920] 3 K.B. 475; *Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616; *Guillaume v. Stirton* (1978), 88 D.L.R. (3d) 191 (Sask. C.A.), leave to appeal refused, [1978] 2 S.C.R. vii; *Shiloh Spinners Ltd. v. Harding*, [1973] A.C. 691; *Liscumb v. Provenzano* (1985), 51 O.R. (2d) 129 (H.C.J.), aff'd 55 O.R. (2d) 404 (C.A.); *Stenhouse v. General Casualty Insurance Co. of Paris*, [1934] 3 W.W.R. 564; *Swan Hills Emporium & Lumber Co. v. Royal General Insurance Co. of Canada* (1977), 2 A.R. 63; *Johnston v. Dominion of Canada Guarantee and Accident Insurance Co.* (1908), 17 O.L.R. 462.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.A. 1980, c. I-5, ss. 201, 205, 211.
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 10.

Authors Cited

Snell, Edmund Henry Turner. *Snell's Equity*, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 127 A.R. 43, 20 W.A.C. 43, 92 D.L.R. (4th) 372, 10 C.C.L.I. (2d) 278, [1992] I.L.R. ¶1-2895, reversing a decision of the Court of Queen's Bench dismissing the respondents' action against the appellant. Appeal allowed.

James D. McCartney and Brian E. Leroy, for the appellant.

James S. Peacock, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Facts

On July 26, 1978, the appellant Maritime Life Assurance Company ("Maritime") issued an insurance policy on the life of Michael Fikowski Sr. to the respondent Saskatchewan River Bungalows Ltd. ("SRB"). In 1984, ownership of the policy was transferred to the respondent Connie Fikowski, at which time she became the beneficiary.

Canada c. Reiersen, [1977] 1 R.C.S. 390; *Hartley c. Hymans*, [1920] 3 K.B. 475; *Charles Rickards Ltd. c. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616; *Guillaume c. Stirton* (1978), 88 D.L.R. (3d) 191 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1978] 2 R.C.S. vii; *Shiloh Spinners Ltd. c. Harding*, [1973] A.C. 691; *Liscumb c. Provenzano* (1985), 51 O.R. (2d) 129 (H.C.J.), conf. par 55 O.R. (2d) 404 (C.A.); *Stenhouse c. General Casualty Insurance Co. of Paris*, [1934] 3 W.W.R. 564; *Swan Hills Emporium & Lumber Co. c. Royal General Insurance Co. of Canada* (1977), 2 A.R. 63; *Johnston c. Dominion of Canada Guarantee and Accident Insurance Co.* (1908), 17 O.L.R. 462.

Lois et règlements cités

Insurance Act, R.S.A. 1980, ch. I-5, art. 201, 205, 211.
Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 10.

Doctrine citée

Snell, Edmund Henry Turner. *Snell's Equity*, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 127 A.R. 43, 20 W.A.C. 43, 92 D.L.R. (4th) 372, 10 C.C.L.I. (2d) 278, [1992] I.L.R. ¶1-2895, qui a infirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine de rejeter l'action des intimées contre l'appelante. Pourvoi accueilli.

James D. McCartney et Brian E. Leroy, pour l'appelante.

James S. Peacock, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Les faits

Le 26 juillet 1978, l'appelante La Maritime, Compagnie d'assurance-vie, («La Maritime») a établi une police d'assurance sur la tête de Michael Fikowski, père, en faveur de l'intimée Saskatchewan River Bungalows Ltd. («SRB»). En 1984, la propriété de la police a été transférée à l'intimée Connie Fikowski qui en est alors devenue la béné-

SRB retained the responsibility of paying the annual premiums under the policy.

The policy issued to the respondents was a term policy, renewable every five years. The policy expiry date was the insured's 70th birthday — July 26, 2000. However, prior to July 26, 1988, the policyholder had an option to convert the policy to a new life or endowment policy. The policy contained the following conditions relating to premium payment:

2. PREMIUM PAYMENT PROVISIONS

(1) General

The agreements made by the Company and contained in this contract are conditional upon payment of the premiums as they become due.

Each premium is payable on or before its due date at the Head Office of the Company.

(2) Grace Period

After the first premium has been paid, a grace period of thirty-one days following its due date is allowed for the payment of each subsequent premium. During the grace period, this policy continues in effect.

(3) Non-payment of Premiums

If any premium remains unpaid at the end of the grace period, this policy automatically lapses (terminates because of non-payment of premiums).

Under certain conditions, this policy may be reinstated, as described below.

(4) Reinstatement

This policy may be reinstated within 3 years of the date of the lapse upon written application to the Company subject to the following conditions:

- a) evidence that satisfies the Company of the life insured's good health and insurability must be submitted; and
- b) all unpaid premiums plus interest, at a rate to be determined by the Company, must be paid to the Company.

Over the years, SRB paid the annual policy premium irregularly. In 1979, the policy lapsed after SRB failed to pay the annual premium within the 31-day grace period. The policy was subsequently

ficiaire, SRB conservant l'obligation de payer les primes annuelles aux termes de la police.

La police en question était temporaire et renouvelable tous les cinq ans. Elle devait expirer au 70^e anniversaire de naissance de l'assuré, soit le 26 juillet de l'an 2000. Toutefois, le preneur pouvait, avant le 26 juillet 1988, convertir la police en une nouvelle assurance sur la vie ou assurance mixte. Les modalités suivantes de la police régissaient le paiement de la prime:

[TRADUCTION]

2. PAIEMENT DE LA PRIME

(1) Dispositions générales

Les ententes conclues par la compagnie et prévues dans la présente police sont conditionnelles au paiement des primes à leur échéance.

Chaque prime est payable au plus tard à la date d'échéance au siège social de la compagnie.

(2) Délai de grâce

Une fois la première prime payée, un délai de grâce de trente et un jours suivant la date d'échéance est alloué pour le paiement de chaque prime subséquente. La police demeure en vigueur pendant le délai de grâce.

(3) Non-paiement des primes

Si une prime demeure impayée à la fin du délai de grâce, la police tombe automatiquement en déchéance (elle est résiliée pour non-paiement de la prime).

La police peut être remise en vigueur à certaines conditions, conformément à la clause suivante.

(4) Remise en vigueur

La police peut être remise en vigueur dans les trois ans de la date de déchéance sur présentation d'une demande écrite à la compagnie et à la condition

- a) de soumettre à la compagnie une preuve qui la convainc de la bonne santé et de l'assurabilité de l'assuré;
- b) de payer à la compagnie toutes les primes en souffrance plus l'intérêt, à un taux déterminé par celle-ci.

Au fil des ans, SRB a payé la prime annuelle irrégulièrement. En 1979, la police est tombée en déchéance après que SRB eut omis de payer la prime annuelle dans le délai de grâce de 31 jours.

reinstated in accordance with the reinstatement provision (clause 2(4)) of the policy. In 1981, SRB again failed to make payment within the grace period. On this occasion, Maritime accepted late payment and did not require evidence of insurability or an application for reinstatement.

On July 24, 1984, SRB mailed a cheque for \$1,316 to pay the annual premium due on July 26, 1984. On August 13, 1984, SRB received a premium due notice from Maritime, requesting payment of \$1,361. It sent Maritime a cheque for \$45 — the difference between the July 24 cheque and the amount demanded in the payment due notice. This second cheque was received by Maritime on August 22, 1984. The first cheque, in the amount of \$1,316, was never received by Maritime, nor was it deducted from SRB's bank account.

Subsequent to the expiry of the grace period on August 26, 1984, Maritime sent a late payment offer to SRB. In this offer, Maritime agreed to accept late payment of the July premium if it was "postmarked or, if not mailed, received in the Head Office at Halifax, N.S." on or before September 8, 1984. The offer also contained an explicit reserve of Maritime's right to require evidence of insurability. SRB did not respond to the late payment offer.

On November 28, 1984, Maritime wrote a letter ("the November letter") advising the respondent Connie Fikowski that the premium due on July 26, 1984 remained unpaid. This letter contained the following statement:

Unfortunately this policy is now technically out of force, and we will require immediate payment of \$1,361.00 to pay the July 1984-85 premium.

Finally, on February 2, 1985, Maritime sent a notice of policy lapse to the respondents. This notice was originally sent to an incorrect address in Vancouver, but was eventually forwarded to SRB. It read, in part:

La police a par la suite été remise en vigueur conformément à la disposition pertinente de celle-ci (clause 2(4)). En 1981, SRB a de nouveau omis d'effectuer le paiement dans le délai de grâce. La Maritime a alors accepté le paiement tardif, sans exiger de preuve d'assurabilité ni de demande de remise en vigueur.

Le 24 juillet 1984, SRB a mis à la poste un chèque de 1 316 \$ pour payer la prime annuelle échéant le 26 juillet 1984. Le 13 août 1984, SRB a reçu de La Maritime un avis d'échéance de prime exigeant le paiement de 1 361 \$. Elle a envoyé à La Maritime un chèque de 45 \$, soit la différence entre le montant du chèque du 24 juillet et celui exigé dans l'avis d'échéance de prime. La Maritime a reçu ce second chèque le 22 août 1984. Elle n'a jamais reçu le premier chèque de 1 316 \$, qui n'a pas non plus été débité du compte bancaire de SRB.

Après l'expiration du délai de grâce le 26 août 1984, La Maritime a envoyé une offre de paiement tardif à SRB. Elle y offrait d'accepter le paiement tardif de la prime de juillet à la condition qu'il «porte [...] une date d'oblitération qui ne soit pas postérieure» au 8 septembre 1984 «ou, s'il n'est pas posté, [qu'il soit] remis au siège social à Halifax (N.-É.)» à cette même date. La Maritime se réservait aussi explicitement le droit d'exiger une preuve d'assurabilité. SRB n'a pas répondu à l'offre de paiement tardif.

Le 28 novembre 1984, La Maritime a, par lettre («lettre de novembre»), avisé l'intimée Connie Fikowski que la prime échue le 26 juillet 1984 était toujours en souffrance. Cette lettre indiquait notamment:

[TRADUCTION] Malheureusement, cette police est maintenant formellement sans effet et nous exigerons le paiement immédiat de 1 361 \$ pour acquitter la prime de juillet 1984-1985.

Enfin, le 2 février 1985, La Maritime a envoyé aux intimées un avis de déchéance de la police. Cet avis a d'abord été envoyé à une adresse erronée à Vancouver, puis finalement à SRB. Il se lisait en partie comme suit:

According to our records this policy has lapsed for non-payment of the premium due on the date shown. The policy is no longer in force and no benefits are payable. Because your insurance affords valuable protection and represents a worthwhile investment we invite you to apply for reinstatement of the policy.

The Application for Reinstatement appended to the lapse notice required evidence of insurability.

SRB closed its hotel business at Lake Louise, Alberta for the winter season around the middle of November 1984. SRB picked up the corporate mail on an infrequent basis throughout the winter. As a result, SRB did not become aware of the late payment offer, the November letter or the lapse notice until April 1985. They then began to search for the lost premium cheque. It was not until July 1985 that SRB sent a replacement cheque to Maritime, and a cheque for the 1985 premium. Both cheques were refused.

On July 9, 1985, SRB's insurance agent informed Maritime that Michael Fikowski Sr. was terminally ill and uninsurable. On August 10, 1985, Michael Fikowski Sr. died. On October 11, 1985, Maritime rejected SRB's claim for benefits under the policy on the ground that it was no longer in force. The respondents then commenced the present action, claiming a right to benefits under the policy or, alternatively, relief against forfeiture.

II. Judgments Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

Deyell J. rejected the plaintiffs' claim and refused to grant them relief against forfeiture. He made no specific finding as to whether a cheque was actually mailed to Maritime by SRB in July 1984, but emphasized that Maritime did not receive payment and advised SRB accordingly. Deyell J. reasoned that the respondents had to "live with the results" of their decision to have their corporate mail sent to Lake Louise throughout the year. As well, he considered that SRB was obliged to do more than search for a cancelled cheque

[TRADUCTION] D'après nos dossiers, cette police est tombée en déchéance pour non-paiement de la prime échue à la date indiquée. La police n'est plus en vigueur et aucune prestation n'est payable. Comme votre assurance offre une excellente protection et représente un investissement très valable, nous vous invitons à en demander la remise en vigueur.

La demande de remise en vigueur jointe à l'avis de déchéance exigeait une preuve d'assurabilité.

SRB a fermé son hôtel du Lac Louise (Alberta) pour la saison hivernale vers la mi-novembre 1984. Pendant l'hiver, SRB a recueilli peu souvent le courrier de l'entreprise. Aussi, n'a-t-elle pu prendre connaissance de l'offre de paiement tardif, de la lettre de novembre et de l'avis de déchéance qu'en avril 1985. Elle s'est alors mise à la recherche du chèque perdu. Ce n'est qu'en juillet 1985 que SRB a envoyé à La Maritime un chèque de remplacement et un chèque pour la prime de 1985. Tous deux ont été refusés.

Le 9 juillet 1985, l'agent d'assurance de SRB a informé La Maritime que Michael Fikowski, père, était en phase terminale et non assurable. Le 10 août 1985, Michael Fikowski, père, est décédé. Le 11 octobre suivant, La Maritime a rejeté la demande d'indemnité de SRB aux termes de la police pour le motif que celle-ci n'était plus en vigueur. Les intimées ont alors intenté la présente action, réclamant le droit aux prestations en vertu de la police ou, subsidiairement, la levée de la déchéance.

II. Juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

Le juge Deyell a rejeté la prétention des demandereses et a refusé de lever la déchéance. Il ne s'est pas prononcé spécifiquement sur la question de savoir si, en juillet 1984, SRB a effectivement mis à la poste un chèque destiné à La Maritime, mais il a souligné que cette dernière n'avait pas reçu paiement et qu'elle en avait avisé SRB. Le juge Deyell a estimé que les intimées devaient [TRADUCTION] «subir les conséquences» de leur décision de faire suivre le courrier de l'entreprise au Lac Louise tout au long de l'année. Il a en outre

when they learned of the policy lapse in April of 1985. Deyell J. further ruled that Connie Fikowski was bound by SRB's actions.

B. Alberta Court of Appeal

A majority of the Alberta Court of Appeal allowed the respondents' appeal: (1992), 127 A.R. 43, 20 W.A.C. 43, 92 D.L.R. (4th) 372, 10 C.C.L.I. (2d) 278, [1992] I.L.R. ¶1-2895. The majority held that the postal acceptance rule did not apply, since an express term of the policy required that premiums be paid, not posted, by the due date: *Holwell Securities Ltd. v. Hughes*, [1974] 1 All E.R. 161. However, both Harradence and Hetherington J.J.A. considered that, because it encouraged policyholders to mail premium payments, Maritime was barred from demanding strict compliance with the time requirements for payment under the policy. Harradence J.A. cast this ruling in terms of estoppel, while Hetherington J.A. relied on waiver. Both agreed that, until the respondents were notified that the 1984 cheque had not been received and were given a reasonable period during which to effect payment, Maritime could not terminate the policy for non-payment.

Hetherington J.A. considered that none of Maritime's acts, including the late payment offer, the November letter and the lapse notice, gave the respondents reasonable notice that Maritime intended to rely on the lapsing provision of the policy. The February lapse notice was premature because it stated that "this policy has lapsed", without giving reasonable notice to the respondents. As such, Maritime's right to rely on the lapsing provision of the policy was never reinstated. She concluded that the policy was still in force in August 1985.

Harradence J.A. found that the respondents could have made payment within a reasonable

considéré que SRB devait faire davantage que chercher le chèque annulé lorsqu'elle a appris la déchéance de la police en avril 1985. Il a enfin conclu que Connie Fikowski était liée par les actes de SRB.

B. Cour d'appel de l'Alberta

La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a accueilli l'appel des intimées: (1992), 127 A.R. 43, 20 W.A.C. 43, 92 D.L.R. (4th) 372, 10 C.C.L.I. (2d) 278, [1992] I.L.R. ¶1-2895. La cour à la majorité a conclu que la règle de l'acceptation par voie postale ne s'appliquait pas puisque la police requerrait expressément que les primes soient payées, et non postées, au plus tard à la date d'échéance: *Holwell Securities Ltd. c. Hughes*, [1974] 1 All E.R. 161. Toutefois, les juges Harradence et Hetherington ont tous deux considéré que, parce qu'elle incitait les preneurs à poster le paiement des primes, La Maritime ne pouvait exiger un respect rigoureux des exigences en matière de délai de paiement figurant dans la police. Le juge Harradence a fondé sa décision sur le principe de l'irrecevabilité, alors que le juge Hetherington a invoqué la renonciation. Tous deux ont convenu que, tant qu'on n'avait pas avisé les intimées que le chèque de 1984 n'avait pas été reçu et qu'on ne leur avait pas accordé une période raisonnable pour effectuer le paiement, La Maritime ne pouvait résilier la police pour non-paiement de la prime.

De l'avis de Madame le juge Hetherington, aucun des actes de La Maritime, dont l'offre de paiement tardif, la lettre de novembre et l'avis de déchéance, n'a donné aux intimées un avis raisonnable que La Maritime avait l'intention d'invoquer la déchéance prévue dans la police. L'avis de déchéance de février était prématuré car il affirmait que [TRADUCTION] «la présente police est tombée en déchéance», sans donner aucun avis raisonnable aux intimées. Comme tel, le droit de La Maritime de se prévaloir de la disposition relative à la déchéance n'a jamais été rétabli. Le juge a conclu que la police était toujours en vigueur en août 1985.

Le juge Harradence a conclu que les intimées auraient pu faire le paiement dans un délai raison-

period after they received actual notice of the overdue premium in April 1985. However, the respondents failed to pay within this period. Their three-month delay in providing a replacement cheque was unreasonable, and the policy lapsed. However, Harradence J.A. concluded that it was an appropriate case to relieve against forfeiture under s. 10 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1.

In dissent, McClung J.A. stated that Maritime did not waive its right to rely on the lapsing provision of the policy by encouraging policyholders to use the mail. He found that while Maritime had waived its position in the November letter, the eventual payment of the missing premium in July 1985 did not comply with the request for "immediate payment" in the November letter. As a result, there was no waiver. In addition, he concluded that the Court had no jurisdiction to relieve against forfeiture since the field was occupied by a statutory scheme (the *Insurance Act*, R.S.A. 1980, c. I-5).

III. Issues

This appeal raises two issues:

- (1) Did Maritime waive its right to compel timely payment in accordance with the terms of the policy?
- (2) If there was no waiver, are the respondents entitled to relief against forfeiture under the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1., s. 10?

IV. Analysis

A. *Waiver*

Maritime's position is that the policy issued to the respondents lapsed after the expiry of the grace period for payment of the 1984 premium. Fikowski Sr.'s death occurred when the policy was not in force and the respondents had no right to benefits under it.

nable après qu'elles eurent effectivement reçu un avis de la prime en souffrance en avril 1985. Or, elles ont omis de payer pendant ce délai. Le délai de trois mois qui s'est écoulé avant qu'elles n'offrent un chèque de remplacement était déraisonnable et la police est tombée en déchéance. Le juge Harradence a toutefois conclu qu'il ne convenait pas, en l'espèce, de lever la déchéance aux termes de l'art. 10 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1.

Dissident, le juge McClung a déclaré que La Maritime n'avait pas renoncé à son droit de se prévaloir de la disposition relative à la déchéance prévue dans la police en incitant les preneurs à utiliser le courrier. Il a conclu que, bien que La Maritime ait renoncé à sa position dans la lettre de novembre, le paiement subséquent de la prime échue en juillet 1985 ne satisfaisait pas à la demande de «paiement immédiat» formulée dans la lettre de novembre. Il n'y a donc pas eu renonciation. En outre, a-t-il conclu, la cour n'avait pas compétence pour lever la déchéance, le domaine étant soumis à un régime législatif (l'*Insurance Act*, R.S.A. 1980, ch. I-5).

III. Questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions:

- (1) La Maritime a-t-elle renoncé à son droit d'exiger un paiement en temps opportun conformément aux modalités de la police?
- (2) S'il n'y a pas eu renonciation, les intimées ont-elles droit à la levée de la déchéance aux termes de l'art. 10 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1?

IV. Analyse

A. *Renonciation*

La Maritime soutient que la police délivrée aux intimées est tombée en déchéance à l'expiration du délai de grâce applicable pour payer la prime de 1984. Le décès de Fikowski, père, étant survenu au moment où la police n'était pas en vigueur, les intimées n'ont droit à aucune prestation aux termes de celle-ci.

The respondents' position is that Maritime, through its conduct, waived its right to compel timely payment under the policy. The respondents further submit that none of Maritime's acts were sufficient to retract its waiver of time and that the policy was still in force at the time of death.

Although the parties argued in terms of waiver, Harradence J.A. considered the doctrine of promissory or equitable estoppel. Recent cases have indicated that waiver and promissory estoppel are closely related: see e.g. *W. J. Alan & Co. v. El Nasr Export and Import Co.*, [1972] 2 Q.B. 189 (C.A.), and *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (Ont. Div. Ct.), at p. 587. The noted author Waddams suggests that the principle underlying both doctrines is that a party should not be allowed to go back on a choice when it would be unfair to the other party to do so: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at para. 606. It is not necessary for the purpose of this appeal to determine how or whether promissory estoppel and waiver should be distinguished. As the parties have chosen to frame their submissions in waiver, only that doctrine need be dealt with.

Waiver occurs where one party to a contract or to proceedings takes steps which amount to foregoing reliance on some known right or defect in the performance of the other party: *Mitchell and Jewell Ltd. v. Canadian Pacific Express Co.*, [1974] 3 W.W.R. 259 (Alta. S.C.A.D.); *Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 S.C.R. 61 (waiver of a limitation period). The elements of waiver were described in *Federal Business Development Bank v. Steinbock Development Corp.* (1983), 42 A.R. 231 (C.A.), cited by both parties to the present appeal (Laycraft J.A. for the court, at p. 236):

The essentials of waiver are thus full knowledge of the deficiency which might be relied upon and the unequivocal intention to relinquish the right to rely on it.

Les intimées soutiennent pour leur part que, par sa conduite, La Maritime a renoncé à son droit d'exiger le paiement dans le délai prévu par la police. Elles font également valoir qu'aucun des actes de La Maritime n'était suffisant pour emporter rétractation de sa renonciation au délai et que la police était toujours en vigueur au moment du décès.

Bien que les parties aient fondé leurs prétentions sur la renonciation, le juge Harradence a étudié la théorie de l'irrecevabilité fondée sur une promesse ou en *equity*. La jurisprudence récente indique que la renonciation et l'irrecevabilité fondée sur une promesse sont étroitement liées: voir, p. ex., *W. J. Alan & Co. c. El Nasr Export and Import Co.*, [1972] 2 Q.B. 189 (C.A.), et *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce* (1978), 88 D.L.R. (3d) 584 (C. div. Ont.), à la p. 587. Le célèbre auteur Waddams laisse entendre que les deux théories reposent sur le principe qu'une partie ne devrait pouvoir revenir sur son choix lorsqu'il serait injuste pour l'autre partie qu'elle le fasse: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3^e éd. 1993), au par. 606. Il n'est pas nécessaire, pour les fins du présent pourvoi, de déterminer si ou comment l'irrecevabilité fondée sur une promesse doit être distinguée de la renonciation. Les parties ayant choisi de formuler leurs arguments sous l'angle de la renonciation, il suffit de traiter de ce principe.

Il y a renonciation lorsqu'une partie à un contrat ou à une instance agit de façon à ne pas se prévaloir d'un droit ou d'un vice dont elle connaît l'existence en ce qui concerne l'exécution d'une obligation par l'autre partie: *Mitchell and Jewell Ltd. c. Canadian Pacific Express Co.*, [1974] 3 W.W.R. 259 (C.S. Alb., Sect. app.); *Marchischuk c. Dominion Industrial Supplies Ltd.*, [1991] 2 R.C.S. 61 (renonciation à un délai de prescription). Les éléments de la renonciation ont été décrits dans l'arrêt *Federal Business Development Bank c. Steinbock Development Corp.* (1983), 42 A.R. 231 (C.A.), cité par les deux parties au présent pourvoi (le juge Laycraft au nom de la cour, à la p. 236):

[TRADUCTION] Les éléments essentiels de la renonciation sont donc la parfaite connaissance du vice qui peut être invoqué et l'intention claire de ne pas se prévaloir

That intention may be expressed in a formal legal document, it may be expressed in some informal fashion or it may be inferred from conduct. In whatever fashion the intention to relinquish the right is communicated, however, the conscious intention to do so is what must be ascertained.

Waiver will be found only where the evidence demonstrates that the party waiving had (1) a full knowledge of rights; and (2) an unequivocal and conscious intention to abandon them. The creation of such a stringent test is justified since no consideration moves from the party in whose favour a waiver operates. An overly broad interpretation of waiver would undermine the requirement of contractual consideration.

As there is little doubt that Maritime had full knowledge of its rights under the respondents' policy, the waiver issue turns entirely on Maritime's intentions. The respondents have identified several factors which, in their view, support a finding that Maritime "clearly and unequivocally" intended to waive its right to timely payment. In particular, the respondents submit that by encouraging policyholders to pay by mail, by requesting payment of the 1984 premium after the expiry of the policy grace period, by delaying issuance of the February lapse notice, by failing to return the \$45 partial payment, and in accepting late payment in 1981, Maritime waived its right to require payment in accordance with the terms of the policy.

It is not necessary to address each of the factors identified by the respondents, for it seems clear that the November letter, taken alone, constituted a waiver of Maritime's right to receive timely payment under the policy. The November letter contained the following statement:

Unfortunately this policy is now technically out of force, and we will require immediate payment of \$1,361.00 to pay the July 1984-85 premium.

As late as November 28, 1984, Maritime was willing to continue coverage under the policy upon payment of the July 1984 premium. The November

du droit de l'invoquer. Cette intention peut être exprimée dans un acte juridique formel, elle peut être exprimée d'une manière informelle ou être inférée du comportement. Quelle que soit la manière dont elle est exprimée, cependant, c'est l'intention consciente de renoncer à ce droit qui doit être établie.

On ne conclura donc à la renonciation que si la preuve démontre que la partie qui renonce avait (1) parfaitement connaissance des droits en cause et (2) l'intention claire et consciente d'y renoncer. Le recours à un critère aussi strict est justifié vu l'absence de contrepartie de la part de la partie en faveur de laquelle joue la renonciation. Une interprétation trop large de la renonciation minerait l'exigence de contrepartie contractuelle.

Puisqu'il ne fait guère de doute que La Maritime connaissait parfaitement ses droits aux termes de la police des intimées, la question de la renonciation porte entièrement sur les intentions de La Maritime. Les intimées ont relevé plusieurs facteurs qui, à leur avis, permettent de conclure que La Maritime a [TRADUCTION] «clairement et sans équivoque» voulu renoncer à son droit au paiement à échéance. En particulier, les intimées soutiennent qu'en incitant les preneurs à payer par la poste, en exigeant le paiement de la prime de 1984 après l'expiration du délai de grâce de la police, en retardant l'envoi de l'avis de déchéance de février, en ne retournant pas le paiement partiel de 45 \$ et en acceptant le paiement tardif en 1981, La Maritime a renoncé à son droit d'exiger le paiement conformément aux modalités de la police.

Il n'est pas nécessaire d'examiner chacun des facteurs décrits par les intimées, car il semble clair que par la seule lettre de novembre, La Maritime a renoncé à son droit de recevoir le paiement à échéance aux termes de la police. La lettre de novembre contenait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Malheureusement, cette police est maintenant formellement sans effet et nous exigerons le paiement immédiat de 1 361 \$ pour acquitter la prime de juillet 1984-1985.

Le 28 novembre 1984, La Maritime était toujours disposée à maintenir la couverture aux termes de la police moyennant le paiement de la

letter makes no mention of evidence of insurability, nor does it speak of reinstatement. As such, it constitutes clear evidence of Maritime's intention to waive its right to compel timely payment. In this regard, little weight should be given to the assertion that the policy was "technically out of force", for the qualifier "technical" removes all meaning from the expression "out of force". In any event, this assertion does not detract from the clarity of Maritime's demand for payment.

The appellant submits that, whereas the right to compel timely payment is clearly waived where premium payments are received and deposited by an insurance company after the expiry of the policy grace period (*Duplisea v. T. Eaton Life Assurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 144; *Anguish v. Maritime Life Assurance Co.* (1987), 51 Alta. L.R. (2d) 376 (C.A.), leave to appeal refused, [1988] 2 S.C.R. vii), a mere demand for payment beyond the grace period is insufficient. Support for that proposition is found in *McGeachie v. North American Life Assurance Co.* (1893), 20 O.A.R. 187 (C.A.), aff'd (1893), 23 S.C.R. 148, and in *Northern Life Assurance Co. of Canada v. Reiersen*, [1977] 1 S.C.R. 390. In both cases, this Court concluded that a demand for payment was equivocal or insufficient to give rise to a waiver. However, in some circumstances a demand for payment may constitute waiver. The nature of waiver is such that hard and fast rules for what can and cannot constitute waiver should not be proposed. The overriding consideration in each case is whether one party communicated a clear intention to waive a right to the other party.

The demand for payment in the present appeal provides stronger evidence of waiver than did the demands in either *McGeachie* or *Reiersen*. The demand for payment by the appellant in its November letter was made well beyond the expiry of the grace period. As well, payment in the present case was tendered prior to the occurrence of the event insured against. Any doubt about whether

prime de juillet 1984. La lettre de novembre ne fait état ni d'une preuve d'assurabilité ni d'une remise en vigueur. Comme telle, elle constitue une preuve claire de l'intention de La Maritime de renoncer à son droit d'exiger le paiement à échéance. À cet égard, on doit accorder peu d'importance à l'affirmation que la police était «formellement sans effet» car le qualificatif «formel» retire tout son sens à l'expression «sans effet». Quoi qu'il en soit, cette affirmation n'enlève rien à la clarté de la demande de paiement de La Maritime.

L'appelante fait valoir qu'alors qu'une compagnie d'assurances renonce manifestement à son droit d'exiger le paiement à échéance lorsqu'elle reçoit et dépose les paiements de prime après l'expiration du délai de grâce de la police (*Duplisea c. T. Eaton Life Assurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 144; *Anguish c. Maritime Life Assurance Co.* (1987), 51 Alta L.R. (2d) 376 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 2 R.C.S. vii), une simple demande de paiement une fois le délai de grâce expiré ne suffit pas pour maintenir la police en vigueur. Les arrêts *McGeachie c. North American Life Assurance Co.* (1893), 20 O.A.R. 187 (C.A.), conf. par (1893), 23 R.C.S. 148, et *Northern Life Assurance Co. of Canada v. Reiersen*, [1977] 1 R.C.S. 390, appuient cette proposition. Dans les deux cas, notre Cour a conclu que la demande de paiement était équivoque ou insuffisante pour qu'il y ait renonciation. Toutefois, dans certaines circonstances, une demande de paiement peut constituer une renonciation. La nature des renonciations ne se prête pas à la formulation d'une règle rigide pour déterminer ce qui peut ou ne peut pas constituer une renonciation. Dans chaque cas, il s'agit d'abord et avant tout de savoir si une partie a exprimé à l'autre l'intention claire de renoncer à un droit.

Dans l'affaire qui nous occupe, la demande de paiement offre une preuve de renonciation plus convaincante que ne l'ont fait les demandes dans les affaires *McGeachie* et *Reiersen*. La demande de paiement par l'appelante dans sa lettre de novembre a été faite bien après l'expiration du délai de grâce. De même, le paiement en l'espèce a été offert avant la survenance du risque assuré.

Maritime intended to waive the time requirements of the policy was resolved by the testimony of its legal advisor, who indicated that, having received the \$45 partial payment, Maritime was still awaiting payment of the July 1984 premium in January 1985. It was for this reason that the lapse notice was not sent until February 2, 1985. In these circumstances, the demand for payment in the November letter was a clear and unequivocal expression of Maritime's intention to continue coverage upon payment of the July premium and, as such, constituted waiver of the time requirements for payment under the policy.

As the November letter constituted waiver, the question is then whether the waiver was still in effect when SRB tendered payment of the missing premium in July 1985.

Waiver can be retracted if reasonable notice is given to the party in whose favour it operates: *Hartley v. Hymans*, [1920] 3 K.B. 475; *Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616; *Guillaume v. Stirton* (1978), 88 D.L.R. (3d) 191 (Sask. C.A.), leave to appeal refused, [1978] 2 S.C.R. vii. As Waddams notes, the "reasonable notice" requirement has the effect of protecting reliance by the person in whose favour waiver operates: *The Law of Contracts*, *supra*, at paras. 604 and 606. It follows that a notice requirement should not be imposed where reliance is not an issue: *ibid.* at para. 606. In the present appeal, the respondents were not aware of Maritime's waiver until they received the November letter, along with the lapse notice and late payment offer, in April 1985. It follows that they did not rely on Maritime's waiver. In such circumstances, Maritime was not required to give any notice of its intention to lapse the policy. The statement that "this policy has lapsed", contained in the February lapse notice, took effect on its terms.

Tout doute quant à l'intention de La Maritime de renoncer aux délais prescrits dans la police a été dissipé par le témoignage de son conseiller juridique qui a indiqué que, puisqu'elle avait reçu le paiement partiel de 45 \$, La Maritime attendait encore, en janvier 1985, le paiement de la prime de juillet 1984. C'est pour cette raison que l'avis de déchéance n'a été envoyé que le 2 février 1985. Dans ces circonstances, la demande de paiement dans la lettre de novembre était une expression claire et sans équivoque de l'intention de La Maritime de maintenir la couverture moyennant le paiement de la prime de juillet et, à ce titre, constituait une renonciation au délai imparti pour payer la prime prévue dans la police.

Comme la lettre de novembre constituait une renonciation, la question est donc de savoir si cette renonciation s'appliquait toujours lorsque SRB a offert le paiement de la prime échue en juillet 1985.

On peut résilier une renonciation si un avis raisonnable est donné à la partie en faveur de laquelle elle joue: *Hartley c. Hymans*, [1920] 3 K.B. 475; *Charles Rickards Ltd. c. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616; *Guillaume c. Stirton* (1978), 88 D.L.R. (3d) 191 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1978] 2 R.C.S. vii. Comme le signale Waddams, l'exigence de l'«avis raisonnable» a pour effet de préserver le recours à la renonciation par la personne en faveur de qui elle joue: *The Law of Contracts*, *op. cit.* aux par. 604 et 606. Il s'ensuit qu'une exigence d'avis ne devrait pas être imposée lorsqu'on ne prétend pas s'être fié à la renonciation: *ibid.*, au par. 606. Dans le présent pourvoi, les intimées n'ont pris connaissance de la renonciation de La Maritime que lorsqu'elles ont reçu, en avril 1985, la lettre de novembre de même que l'avis de déchéance et l'offre de paiement tardif. Elles ne se sont donc pas fiées à la renonciation de La Maritime. Dans ce cas, La Maritime n'était pas tenue de donner quelque avis que ce soit de son intention de mettre fin à la police. La déclaration portant que «cette police est tombée en déchéance», contenue dans l'avis de déchéance de février, avait plein effet.

In any event, once the respondents opened their mail in April 1985, they clearly became aware of Maritime's intention to retract its waiver. An informal communication of a party's intention to insist on strict compliance with the terms of a contract is sufficient notice: see e.g. *Guillaume v. Stirton*, *supra*. The respondents did not tender a replacement cheque until July 1985, three months after they became aware of Maritime's intentions. As such, even if a reasonable notice requirement were imposed, it would be adequately met by the respondents' failure to act between April and July.

Maritime's waiver, as contained in the November letter, was no longer in effect when the respondents sought to make payment in July 1985. Maritime had no obligation to accept the replacement cheque, and the policy lapsed. Maritime was required to reinstate coverage only if the respondents provided evidence of insurability, which was not possible in this case. Therefore, the respondents are not entitled to any of the benefits under the policy.

B. Relief Against Forfeiture

The second issue on appeal is the Court's equitable jurisdiction to relieve against forfeiture. The respondents submit that the general power to grant relief, contained in s. 10 of the *Judicature Act*, should be exercised in this case. The appellant contends that the *Judicature Act* does not apply since the field is occupied by a statutory scheme (the *Insurance Act*). It further submits that the respondents' loss was not a forfeiture and argues that, in any event, this is not an appropriate case for granting relief.

Section 10 of the *Judicature Act* reads:

10 Subject to appeal as in other cases, the Court has power to relieve against all penalties and forfeitures and, in granting relief, to impose any terms as to costs, expenses, damages, compensation and all other matters that the Court sees fit.

Quoi qu'il en soit, lorsque les intimées ont ouvert leur courrier en avril 1985, elles ont évidemment pris connaissance de l'intention de La Maritime de résilier sa renonciation. Une communication informelle de l'intention d'une partie d'exiger le respect rigoureux des modalités d'un contrat constitue un avis suffisant: voir, p. ex., *Guillaume c. Stirton*, précité. Les intimées n'ont offert un chèque de remplacement qu'en juillet 1985, soit trois mois après avoir pris connaissance des intentions de La Maritime. C'est pourquoi, même si une exigence d'avis raisonnable était imposée, l'omission des intimées d'agir entre avril et juillet y satisferait adéquatement.

La renonciation de La Maritime, contenue dans la lettre de novembre, ne s'appliquait plus lorsque les intimées ont tenté de faire le paiement en juillet 1985. La Maritime n'était pas tenue d'accepter le chèque de remplacement et la police est tombée en déchéance. La Maritime n'était tenue de remettre la police en vigueur que si les intimées fournissaient une preuve d'assurabilité, ce qui était impossible en l'espèce. Par conséquent, les intimées n'ont droit à aucune prestation aux termes de la police.

B. Levée de la déchéance

La seconde question en litige dans le pourvoi est la compétence en *equity* de la cour pour lever la déchéance. Les intimées soutiennent que le recours au pouvoir général d'accorder une réparation prévu à l'art. 10 de la *Judicature Act* est justifié en l'espèce. L'appelante soutient que la *Judicature Act* ne s'applique pas puisque le domaine est soumis à un régime législatif (l'*Insurance Act*). Elle fait également valoir que la perte subie par les intimées ne pouvait faire l'objet de déchéance et que, quoi qu'il en soit, il ne convient pas en l'espèce d'accorder une réparation.

L'article 10 de la *Judicature Act* est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 10 Sous réserve du droit général d'appel, la cour a le pouvoir de lever toutes les pénalités et les déchéances et, ce faisant, d'imposer toute modalité qu'elle estime opportune quant aux dépens, frais, dommages-intérêts, indemnité et toute autre question.

The power to grant relief against forfeiture is an equitable remedy and is purely discretionary. The factors to be considered by the Court in the exercise of its discretion are the conduct of the applicant, the gravity of the breaches, and the disparity between the value of the property forfeited and the damage caused by the breach: *Shiloh Spinners Ltd. v. Harding*, [1973] A.C. 691 (H.L.); *Snell's Equity* (29th ed. 1990), at pp. 541-42.

The Ontario High Court in *Liscumb v. Provenzano* (1985), 51 O.R. (2d) 129, aff'd 55 O.R. (2d) 404 (C.A.), relying on the *Shiloh* decision, summarized the governing principles as follows (at p. 137, per McKinlay J.):

I consider that the following are the appropriate questions to consider in determining whether there should be relief from forfeiture in this case: first, was the conduct of the plaintiff reasonable in the circumstances; second, was the object of the right of forfeiture essentially to secure the payment of money, and third, was there a substantial disparity between the value of the property forfeited and the damage caused the vendor by the breach?

The first element of the test set out in *Liscumb* — the reasonable conduct requirement — is not met in this case. The respondents knew, at all relevant times, that Fikowski Sr. was terminally ill and uninsurable. Nonetheless, they chose to have their correspondence from Maritime sent to Lake Louise over the winter, and to collect their mail only intermittently. When the respondents learned that payment of the premium was nine months overdue in April 1985, they did not tender a replacement cheque, but rather waited three months, until July 1985. The trial judge, who was in a position to assess the respondents' conduct, concluded that it was not reasonable. He wrote:

The corporation chose to have a mail box at the Post Office at Lake Louise to receive its corporate mail on a 12 month basis and having made that decision I think they must live with the results. If you only pick-up your mail every two weeks then you are going to be late in getting notices that may be of some importance. Ultimately when the advice that the policy had lapsed was received in late April or early May of 1985 Mr. Michael Fikowski and Mr. J. D. Thomas started a search for a

Le pouvoir de lever la déchéance est une réparation d'*equity* et est purement discrétionnaire. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit tenir compte du comportement du requérant, de la gravité des manquements et de l'écart entre la valeur du bien frappé de déchéance et le tort causé par le manquement: *Shiloh Spinners Ltd. c. Harding*, [1973] A.C. 691 (H.L.); *Snell's Equity* (29^e éd. 1990), aux pp. 541 et 542.

Dans la décision *Liscumb c. Provenzano* (1985), 51 O.R. (2d) 129, conf. par 55 O.R. (2d) 404 (C.A.), la Haute Cour de l'Ontario, s'appuyant sur la décision *Shiloh*, résume ainsi les principes directeurs (à la p. 137, motifs du juge McKinlay):

[TRADUCTION] J'estime qu'il faut examiner les questions suivantes pour déterminer s'il y a lieu, en l'espèce, de lever la déchéance: premièrement, la conduite du demandeur était-elle raisonnable dans les circonstances? Deuxièmement, l'objet du droit frappé de déchéance était-il essentiellement de garantir le paiement d'une somme? Et troisièmement, l'écart entre la valeur du bien frappé de déchéance et le tort causé au vendeur par le manquement était-il important?

Le premier volet du critère énoncé dans *Liscumb* — l'exigence de la conduite raisonnable — n'est pas respecté en l'espèce. Les intimées savaient, à toutes les époques pertinentes, que Fikowski, père, était en phase terminale et non assurable. Elles ont néanmoins choisi de faire suivre les lettres de La Maritime au Lac Louise pendant l'hiver et de ne recueillir leur courrier qu'irrégulièrement. Lorsqu'en avril 1985 elles ont appris que le paiement de la prime était échu depuis neuf mois, les intimées n'ont offert aucun chèque de remplacement, mais ont plutôt attendu trois mois, jusqu'en juillet 1985. Le juge de première instance, qui était en mesure d'apprécier la comportement des intimées, a conclu qu'il n'était pas raisonnable. Il écrit:

[TRADUCTION] La société a choisi de recevoir son courrier dans une boîte postale, au bureau de poste du Lac Louise, douze mois par année et j'estime qu'elle doit en subir les conséquences. Si l'on ne cueille le courrier qu'à toutes les deux semaines, on recevra en retard des avis qui peuvent avoir une certaine importance. Finalement, lorsque l'avis que la police était tombée en déchéance a été reçu à la fin d'avril ou au début de mai 1985, MM. Michael Fikowski et J. D. Thomas

cancelled cheque. Under the circumstances in this day and age of long distance telephones and all the communications that are available I think that they had an obligation to their company to take additional procedures in regard to this matter. They were advised that payment had not been made. There were procedures to have the policy reinstated. If they were going to do anything about it, it had to be done quickly. It wasn't until July 25th, if memory serves me correctly, met [sic] the replacement cheque was sent out, that is three months after they ultimately received the notice.

I therefore find that the plaintiff's case fails and that they are not entitled to relieve against forfeiture.

As the failure to satisfy the first test in *Liscumb* determines the outcome of this appeal, it is unnecessary to comment on the second and third tests outlined in the case.

As the respondents are barred by their conduct from recovering, it is not necessary to determine whether our general power to relieve against forfeiture under s. 10 of the *Judicature Act* applies to contracts regulated by the *Insurance Act*. However, I would note that the existence of a statutory power to grant relief where other types of insurance are forfeited (*Insurance Act*, ss. 201, 205 and 211) does not preclude application of the *Judicature Act* to contracts of life insurance. The *Insurance Act* does not "codify" the whole law of insurance; it merely imposes minimum standards on the industry. The appellant's argument that the "field" of equitable relief is occupied by the *Insurance Act* must therefore be rejected.

Several of the authorities cited by the appellant involved forfeitures made under statutory insurance conditions, which is not the case here: *Stenhouse v. General Casualty Insurance Co. of Paris*, [1934] 3 W.W.R. 564 (Alta. S.C.A.D.); *Swan Hills Emporium & Lumber Co. v. Royal General Insurance Co. of Canada* (1977), 2 A.R. 63 (S.C.A.D.). The case of *Johnston v. Dominion of Canada Guarantee and Accident Insurance Co.* (1908), 17 O.L.R. 462 (C.A.) treated the insurance legislation

ont commencé à chercher le chèque annulé. Avec tous les moyens de communications téléphoniques interurbaines et autres qui existent de nos jours, je crois qu'ils étaient tenus envers leur compagnie de prendre des mesures supplémentaires à cet égard. Ils ont été avisés que le paiement n'avait pas été effectué. Il existait des procédures pour la remise en vigueur de la police. S'ils souhaitaient agir, il leur incombait de le faire rapidement. Si je me souviens bien, ce n'est que le 25 juillet que le chèque de remplacement a été envoyé, soit trois mois après avoir finalement reçu l'avis.

Je conclus, par conséquent, que les prétentions de la demanderesse échouent et qu'elle n'a pas droit à la levée de la déchéance.

Comme l'omission de satisfaire au premier critère de *Liscumb* détermine l'issue du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de commenter les deuxième et troisième critères exposés dans cette affaire.

Puisqu'en raison de leur comportement les intimées n'ont pas droit à un recouvrement, il n'est pas nécessaire de déterminer si notre pouvoir général de lever la déchéance, en vertu de l'art. 10 de la *Judicature Act*, s'applique aux contrats régis par l'*Insurance Act*. Toutefois, je ferais remarquer que l'existence d'un pouvoir d'origine législative d'accorder une réparation, lorsque d'autres formes d'assurance sont frappées de déchéance (*Insurance Act*, art. 201, 205 et 211), n'empêche pas l'application de la *Judicature Act* aux contrats d'assurance-vie. L'*Insurance Act* ne «codifie» pas l'ensemble du droit des assurances; elle ne fait qu'imposer des normes minimales à l'industrie. La prétention de l'appelante portant que le «domaine» de la réparation d'*equity* est couvert par l'*Insurance Act* doit donc être rejetée.

Plusieurs des décisions citées par l'appelante mettent en cause des déchéances aux termes de conditions obligatoires en matière d'assurance, ce qui n'est pas le cas en l'espèce: *Stenhouse c. General Casualty Insurance Co. of Paris*, [1934] 3 W.W.R. 564 (C.S. Alb., Sect. app.); *Swan Hills Emporium & Lumber Co. c. Royal General Insurance Co. of Canada* (1977), 2 A.R. 63 (C.S., Sect. app.). Dans l'arrêt *Johnston c. Dominion of Canada Guarantee and Accident Insurance Co.*

at issue as a statutory code, and for this reason is no longer good law.

It is also unnecessary to determine whether relief from forfeiture can operate generally as a before-loss remedy in the insurance context. Clearly, the holder of a term life policy has no vested right to benefits until the loss insured against — death of the insured — has occurred. However, a modern understanding of the doctrine of relief would likely expand the notion of forfeiture to include less tangible losses, such as the loss of an option to convert a term policy into one under which benefits would be certain, or the loss of one's insurability. This question remains open.

C. Conclusion

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal and restore the judgment at trial.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: MacKimmie Matthews, Calgary.

Solicitors for the respondents: Code Hunter, Calgary.

(1908), 17 O.L.R. 462 (C.A.), la cour a considéré la législation en matière d'assurance concernée comme un code législatif; cet arrêt ne doit donc plus être suivi.

Il n'est également pas nécessaire de déterminer si la levée de la déchéance peut généralement faire fonction de réparation avant sinistre dans le contexte des assurances. Manifestement, le titulaire d'une police d'assurance-vie temporaire n'a aucun droit acquis aux prestations jusqu'à ce que le risque visé par l'assurance — le décès de l'assuré — se réalise. Toutefois, une compréhension moderne de la théorie de la réparation élargirait vraisemblablement la notion de déchéance pour y inclure des pertes moins tangibles, comme la perte d'une option de convertir une police temporaire en une police en vertu de laquelle les prestations seraient certaines, ou la perte de l'assurabilité de quelqu'un. La question demeure ouverte.

C. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et de rétablir le jugement rendu au procès.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: MacKimmie Matthews, Calgary.

Procureurs des intimées: Code Hunter, Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Mathew Oommen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. OOMMEN

File No.: 23608.

1994: April 25; 1994: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Insanity — Delusions — Murder — Whether accused lacked capacity to distinguish right from wrong at time of killing — Meaning of phrase “knowing that [the act] was wrong” in s. 16(1) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

The accused killed, without apparent motive, a friend who was sleeping in his apartment. For a number of years the accused had been suffering from a mental disorder described as a psychosis of a paranoid delusional type and, at the time of the killing, his paranoia was fixed on a belief that the members of a local union were conspiring to “destroy” him. On the night of the murder, he became convinced that they had surrounded his apartment building with the intention of killing him. This delusion, combined with his belief that the victim was one of the conspirators, persuaded him that he was obliged to kill the victim to prevent her from killing him.

At his trial on a charge of second degree murder, the accused raised the defence of insanity. Psychiatrists testified that the accused possessed the general capacity to distinguish right from wrong and would know that to kill a person is wrong but that, on the night of the murder, his delusion deprived him of that capacity and led him to believe that killing was necessary and justified under the circumstances as he perceived them. The trial judge rejected the defence of insanity, concluding that in view of the accused's general capacity to know right from wrong, he was not relieved from criminal responsibility under s. 16(1) of the *Criminal Code*, notwithstanding his subjective belief, at the time of the killing, that what he did was right and his inability to apply his gen-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a Mathew Oommen *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. OOMMEN

^b N° du greffe: 23608.

1994: 25 avril; 1994: 23 juin.

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

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

Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Idées délirantes — Meurtre — L'accusé était-il incapable de distinguer le bien du mal au moment du meurtre? — Sens de l'expression «savoir que l'acte [...] était mauvais» employée à l'art. 16(1) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

L'accusé a tué, sans mobile apparent, une amie qui dormait dans son appartement. Pendant un certain nombre d'années, l'accusé a souffert de troubles mentaux décrits comme une psychose paranoïde accompagnée d'idées délirantes et, au moment du meurtre, il était, à cause de sa paranoïa, obsédé par l'idée que les membres d'un syndicat local complotaient pour le «détruire». Le soir du meurtre, il était convaincu qu'ils avaient encerclé son immeuble d'habitation dans le but de le tuer. Cette idée délirante, conjuguée à sa conviction que la victime était partie au complot, l'ont convaincu qu'il devait la tuer pour éviter qu'elle le tue.

À son procès pour meurtre au deuxième degré, l'accusé a invoqué l'aliénation mentale comme moyen de défense. Les psychiatres ont témoigné que l'accusé avait la capacité générale de distinguer le bien du mal et qu'il saurait qu'il est mauvais de tuer quelqu'un; ils ont cependant affirmé que, le soir du meurtre, ses idées délirantes l'ont privé de cette capacité et l'ont amené à croire que le meurtre était nécessaire et justifié, selon sa perception des circonstances. Le juge du procès a rejeté le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale, concluant que, puisque l'accusé avait la capacité générale de distinguer le bien du mal, il ne se trouvait pas exonéré de la responsabilité criminelle en vertu du par. 16(1) du *Code criminel*, même s'il croyait subjective-

eral knowledge of right and wrong. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial on the ground that the trial judge had erred in his interpretation of s. 16(1).

Held: The appeal should be dismissed.

Section 16(1) of the *Code* embraces not only the intellectual ability to know right from wrong in an abstract sense, but also the ability to apply that knowledge in a rational way to the alleged criminal act. Indeed, the section focuses on the particular capacity of the accused to understand that his act was wrong at the time of committing the act. An accused should thus be exempted from criminal liability where, at the time of the act, a mental disorder deprived him of the capacity for rational perception and hence rational choice about the rightness or wrongness of the act. An accused need not establish that his delusion permits him to raise a specific defence, such as self-defence, to be exempted from criminal responsibility. The inability to make a rational choice may result from a variety of mental disorders, including delusions which cause an accused to perceive an act which is wrong as right or justifiable. Here, the evidence was capable of supporting a conclusion that the accused was deprived of the capacity to know his act was wrong by the standards of the ordinary person.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Porter* (1933), 55 C.L.R. 182; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2].

Authors Cited

Fingarette, Herbert. *The Meaning of Criminal Insanity*. Berkeley: University of California Press, 1972.
 Martin, G. Arthur. "Insanity as a Defence" (1965-66), 8 *Crim. L.Q.* 240.
 Tollefson, Edwin A., and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

ment avoir bien agi au moment du meurtre et même s'il était incapable d'appliquer sa connaissance générale du bien et du mal. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en interprétant le par. 16(1).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 16(1) du *Code* vise non seulement la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal, au sens abstrait, mais aussi la capacité d'appliquer rationnellement cette connaissance à l'acte criminel reproché. En fait, la disposition met l'accent sur la capacité particulière de l'accusé de comprendre que son acte était mauvais au moment où il l'a accompli. En conséquence, un accusé devrait être exonéré de toute responsabilité criminelle dans le cas où les troubles mentaux dont il souffrait au moment de l'acte l'empêchaient de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte. Pour être exonéré de toute responsabilité criminelle, un accusé n'a pas à établir que ses idées délirantes lui permettent d'invoquer un moyen de défense précis comme la légitime défense. L'incapacité de faire un choix rationnel peut découler de toute une gamme de troubles mentaux, dont les idées délirantes qui font que l'accusé perçoit un acte mauvais comme s'il était bon ou justifiable. En l'espèce, la preuve pouvait permettre de conclure que l'accusé était privé de la capacité de savoir que son acte était mauvais selon les normes d'une personne ordinaire.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. c. Porter* (1933), 55 C.L.R. 182; *Stapleton c. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 185 (ann. III, n^o 1); abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2].

Doctrine citée

Fingarette, Herbert. *The Meaning of Criminal Insanity*. Berkeley: University of California Press, 1972.
 Martin, G. Arthur. «Insanity as a Defence» (1965-66), 8 *Crim. L.Q.* 240.
 Tollefson, Edwin A., and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 135 A.R. 321, 33 W.A.C. 321, 21 C.R. (4th) 117, allowing the accused's appeal from his conviction for murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Paul C. Bourque, for the appellant.

Mona T. Duckett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — In the early morning hours of March 24, 1991, Mathew Oommen killed Gina Lynn Beaton as she lay sleeping on a mattress in his apartment by firing 9 to 13 shots at her from a .22 calibre rimfire semi-automatic repeating rifle. On February 26, 1992, he was convicted of second degree murder before a judge alone and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for ten years. The Alberta Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial on the ground that the trial judge had erred in his interpretation of the insanity provision of s. 16(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The Crown appeals to this Court against that order, seeking reinstatement of the conviction for murder.

The Evidence

The evidence disclosed no rational motive for the killing. To understand it, we must delve into the disordered workings of Mr. Oommen's mind.

For a number of years Mr. Oommen had been suffering from a mental disorder described as a psychosis of a paranoid delusional type. As a result, he harboured false and fixed beliefs that he was the butt of conspiracies and situations that endangered him. Mr. Oommen's disorder had led

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 135 A.R. 321, 33 W.A.C. 321, 21 C.R. (4th) 117, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Paul C. Bourque, pour l'appelante.

Mona T. Duckett, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Tôt le matin du 24 mars 1991, Mathew Oommen a tué Gina Lynn Beaton pendant qu'elle dormait sur un matelas dans son appartement, en tirant sur elle entre neuf et treize coups de feu au moyen d'une carabine semi-automatique à percussion annulaire de calibre .22. Le 26 février 1992, à l'issue d'un procès devant juge seul, il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant dix ans. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en interprétant la disposition sur l'aliénation mentale que l'on trouve au par. 16(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour contre cette ordonnance et demande le rétablissement de la déclaration de culpabilité de meurtre.

La preuve

La preuve n'a révélé aucun mobile rationnel de meurtre. Pour comprendre ce qui s'est passé, nous devons examiner à fond le fonctionnement de l'esprit déséquilibré de M. Oommen.

Pendant un certain nombre d'années, M. Oommen a souffert de troubles mentaux décrits comme une psychose paranoïde accompagnée d'idées délirantes. Il avait la conviction fautive et fixe d'être la cible de complots et de situations le mettant en danger. Les troubles de M. Oommen ont abouti à

to hospitalization in 1984, 1988 and in February of 1991, shortly before he killed Ms. Beaton.

At the time of the killing, Mr. Oommen's paranoia was fixed on a belief that the members of a local union were conspiring to destroy him. In November 1986, he had been struck on the head and robbed while driving a taxi cab. Mr. Oommen attributed this incident to the fact that he had transported certain individuals during labour disputes at one of the local plants. His friends and doctors testified that he became paranoid that there would be further attacks on his life.

At this point, Gina Lynn Beaton came into Mr. Oommen's life and tragically became part of his delusion. The two met prior to Christmas 1990. Ms. Beaton needed a place to stay. Mr. Oommen let her stay in his apartment for a period of time, in return for some cooking and cleaning. Mr. Oommen sought the advice of both friends and a local police officer as to the propriety of his sheltering Ms. Beaton. He seemed to be concerned that the relationship might be misapprehended as sexual. After a while, Ms. Beaton left the apartment and moved to Edmonton. Shortly before her death, she returned to Fort McMurray and Mr. Oommen's apartment.

Mr. Oommen became fixated with the notion that his assailants and enemies had incorporated Ms. Beaton and commissioned her to kill him. On the evening of the killing he became convinced that members of the conspiracy had surrounded his apartment building with the intention of moving in on him and killing him. This delusion, combined with his belief that Ms. Beaton was one of the conspirators, convinced him that he was obliged to kill her to prevent her from killing him. So he shot her while she lay sleeping on the floor.

It was established that about the time of the killing, Mr. Oommen called a taxi dispatcher several times to request the police. It was also established that someone had rung the buzzers or doorbells of

son hospitalisation en 1984, 1988 et en février 1991, peu avant le meurtre de M^{me} Beaton.

Au moment du meurtre, M. Oommen était, à cause de sa paranoïa, obsédé par l'idée que les membres d'un syndicat local complotaient pour le détruire. En novembre 1986, il a été frappé sur la tête et volé pendant qu'il était au volant d'une voiture taxi. Monsieur Oommen a attribué cet incident au fait qu'il avait conduit certaines personnes à l'une des usines locales, pendant un différend de travail. Ses amis et des médecins ont témoigné qu'il était devenu paranoïaque et croyait que l'on attenterait encore à sa vie.

C'est à ce moment que Gina Lynn Beaton est entrée dans la vie de M. Oommen et est tragiquement devenue victime de ses idées délirantes. Ils se sont rencontrés avant Noël 1990. Madame Beaton avait besoin d'un endroit où rester. Monsieur Oommen lui a permis d'habiter dans son appartement pendant un certain temps; en échange, M^{me} Beaton devait faire la cuisine et nettoyer. Monsieur Oommen a demandé à ses amis et à un policier local s'il était approprié d'offrir le gîte à M^{me} Beaton. Il semblait s'inquiéter du fait que la relation risque d'être perçue à tort comme sexuelle. Après un bout de temps, M^{me} Beaton est démenagée à Edmonton. Peu avant son décès, elle est retournée à Fort McMurray et à l'appartement de M. Oommen.

Monsieur Oommen est devenu obsédé par l'idée que ses agresseurs et ses ennemis avaient pris M^{me} Beaton dans leur groupe et l'avaient chargée de le tuer. Le soir du meurtre, il était convaincu que les conspirateurs avaient encerclé son immeuble d'habitation dans le but d'entrer et de le tuer. Cette idée délirante, conjuguée à sa conviction que M^{me} Beaton était partie au complot, l'ont convaincu qu'il devait la tuer pour éviter qu'elle le tue. C'est pourquoi il a fait feu sur elle pendant qu'elle dormait sur le plancher.

Il a été établi qu'à peu près au moment où le meurtre a été commis, M. Oommen avait téléphoné à maintes reprises à un répartiteur de taxis pour demander la police. Il a également été établi

all the apartments. Mr. Oommen said that this was the signal from the conspirators outside to Ms. Beaton to kill him. A tenant, awakened by the doorbell, saw Mr. Oommen outside the building twice soon afterward, apparently putting liquor containers in the garbage. Another tenant, similarly awakened, went out into the hall and met Mr. Oommen, who asked him to call the police because he had just killed someone who had come at him with a knife. When the police arrived Mr. Oommen told the officer, "I called the caretaker. I shot and killed a girl inside. She thought I was sleeping. She came with a knife. I had no other choice, so I shot her, okay." Mr. Oommen repeated this story to the lawyer a friend found for him, Mr. George. He explained that he had shot and killed the girl who had been staying with him. Mr. George asked why. Mr. Oommen replied that she had tried to come with a knife and kill him. He said he saw something, a shiny object, in her hand and "[i]nstead [of her] killing me, I went and lowered the gun and killed her".

Mr. Oommen repeated this story at 5:27 a.m. in his statement to the police. Constable Bazowski observed that during the interview, Mr. Oommen vacillated between quiet and animated behaviour. Sometimes his voice would drop to a whisper; sometimes he would pound his fist on the table to emphasize his points. He seemed eager to offer an explanation of what had happened. He explained that he had seen the deceased pass his bedroom door with a knife in her hand as she went to the washroom on more than one occasion during the night. He knew that she was going to kill him, he thought on the instructions of others, and he "opened fire" on her as she lay pretending to be asleep. He had no choice or he would have been killed. Constable Bazowski gained the impression that Mr. Oommen believed the constable was investigating or ought to investigate why the girl was trying to kill him.

que quelqu'un avait sonné à la porte de tous les appartements. Monsieur Oommen a dit que c'était le signal que les conspirateurs avaient donné, de l'extérieur, à M^{me} Beaton de le tuer. Un locataire, réveillé par la sonnerie, a vu peu après, à deux reprises, M. Oommen mettre apparemment des bouteilles d'alcool dans la poubelle, à l'extérieur de l'immeuble. Un autre locataire, réveillé de la même manière, est allé dans le corridor et a rencontré M. Oommen qui lui a demandé d'appeler la police parce qu'il venait de tuer quelqu'un qui s'était approché de lui avec un couteau. Lorsque la police est arrivée, M. Oommen a dit au policier: [TRADUCTION] «J'ai appelé le concierge. J'ai tiré sur une fille dans l'appartement et je l'ai tuée. Elle pensait que je dormais. Elle s'est amenée avec un couteau. Je n'avais pas d'autre choix que de tirer sur elle. O.K.» Monsieur Oommen a répété cette histoire à M^e George, l'avocat qu'un ami avait trouvé pour lui. Monsieur Oommen a expliqué qu'il avait tiré sur la fille qui habitait avec lui et qu'il l'avait tuée. Maître George lui a demandé pourquoi. Il a répondu qu'elle avait essayé de le tuer avec un couteau. Il a dit avoir vu quelque chose, un objet brillant, dans la main de la victime et [TRADUCTION] «[p]lutôt que de me faire tuer par elle, j'ai abaissé le fusil et je l'ai tuée».

Monsieur Oommen a répété son récit à 5 h 27 dans sa déclaration à la police. L'agent Bazowski a remarqué que, pendant l'entrevue, M. Oommen était tantôt tranquille, tantôt animé. Parfois, sa voix ne devenait qu'un murmure; parfois, il frappait du poing sur la table pour accentuer ses arguments. Il semblait désireux d'expliquer ce qui s'était passé. Il a dit qu'il avait vu la victime passer, couteau en main, devant sa chambre à coucher pour aller à la salle de bains à plus d'une reprise pendant la nuit. Il savait qu'elle allait le tuer, conformément, pensait-il, aux directives d'autres personnes, et il a «fait feu» sur elle pendant qu'elle faisait semblant de dormir. Il n'avait pas d'autre choix sinon elle l'aurait tué. L'agent Bazowski a eu l'impression que M. Oommen croyait que l'agent enquêtait ou devait enquêter pour savoir pourquoi la fille tentait de le tuer.

There was no question at trial that Mr. Oommen had killed Ms. Beaton. Nor was there much doubt that Mr. Oommen's insane delusions provoked the killing. As Dr. Trichard testified:

He, on that very night of the assault, was convinced that there were people outside the building that had staked out the building and were coming to attack him. He had, in fact, heard the buzzers being rung throughout the building and had incorporated this into his idea that he was being pursued.

On the night in question, he also became convinced that his assailants had incorporated the unfortunate deceased and had given her the commission that she was to kill him. So that on that night, it was him alone with her in this apartment, and it was either she was going to kill him, or he had to stop her. I believe that he was therefore acting under a delusion at the time that he committed this offence.

The only issue was whether this delusion exempted Mr. Oommen from criminal responsibility under s. 16(1) of the *Criminal Code* on the ground that he lacked the capacity at the relevant time to know the difference between right and wrong. Dr. Trichard testified that a person suffering from this mental disorder would not lose the intellectual capacity to understand right from wrong and would know that to kill a person is wrong. However, the person's delusions would affect the person's interpretation of events so that the individual would honestly believe killing to be justified under the circumstances. In the abstract, the person would know killing was wrong. But his delusion would cause him to believe that killing was justified under the circumstances as he perceived them. In Crown cross-examination Dr. Trichard stated:

Q. You have a person suffering from the disease that you have described. He kills someone and does not believe he has done wrong, or does not at the time he is doing the killing believe he is doing wrong. In this disorder as opposed to others, that cannot be because he thinks killing is not wrong in any abstract sense, but because he has some particular delusion or belief, or maybe some actual information — maybe his killing really is justified in a par-

Lors du procès, on n'a pas mis en doute que M. Oommen avait tué M^{me} Beaton. On ne doutait pas vraiment non plus que les idées délirantes de M. Oommen étaient à l'origine du meurtre. Comme l'a affirmé le D^r Trichard, dans son témoignage:

[TRADUCTION] Le soir même de l'agression, il était convaincu qu'il y avait, à l'extérieur, des gens qui avaient surveillé l'immeuble et qui étaient venus l'attaquer. En fait, il avait entendu toutes les sonneries des appartements et il avait associé cela à l'idée qu'il était poursuivi.

Le soir en question, il est devenu convaincu que ses agresseurs avaient pris la malheureuse victime dans leur groupe et l'avaient chargée de le tuer. Ce soir-là, il était donc seul avec elle dans l'appartement: il devait l'arrêter ou elle allait le tuer. Je crois, par conséquent, qu'il était sous le coup d'une idée délirante au moment où il a commis l'infraction.

La seule question est de savoir si cette idée délirante de M. Oommen l'exonérait de toute responsabilité criminelle en vertu du par. 16(1) du *Code criminel* pour le motif qu'il n'avait pas, à l'époque pertinente, la capacité de distinguer le bien du mal. Le D^r Trichard a témoigné qu'une personne atteinte de troubles mentaux de ce type ne perdrait pas la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal et saurait qu'il est mauvais de tuer quelqu'un. Toutefois, les idées délirantes de la personne influeraient sur sa façon d'interpréter les événements de sorte qu'elle croirait honnêtement que le meurtre serait justifié dans les circonstances. Dans l'abstrait, la personne saurait que tuer est mauvais. Toutefois, ses idées délirantes lui feraient croire qu'elle était, selon sa perception des circonstances, justifiée de tuer. Lors du contre-interrogatoire par le ministère public, le D^r Trichard a dit:

[TRADUCTION]

Q. Une personne est atteinte de la maladie que vous avez décrite. Elle tue quelqu'un et ne croit pas qu'elle a fait quelque chose de mauvais ni même qu'elle fait quelque chose de mauvais au moment du meurtre. Dans le cas de troubles mentaux de cette nature, contrairement à d'autres, cela ne peut pas être parce que la personne pense que tuer n'est pas mauvais au sens abstrait, mais parce qu'elle a certaines idées délirantes ou convictions ou peut-être

ticular situation — but he has some believe [*sic*] that justifies it to him?

A. I believe that that would be so, yes.

And again:

Q. Dr. Trichard, if you could address yourself then to the account you received of Mr. Oommen's case and the killing that he did, it would be your belief that he, in his own mind at the time of doing it, would, because of his delusions and his fear, feel he was justified in doing what he was doing?

A. Yes, I do believe that.

In other words, Mr. Oommen possessed the general capacity to distinguish right from wrong. However, on the night of the killing, his delusions deprived him of the capacity to know that killing Ms. Beaton was wrong. On the contrary, those delusions led him to believe that killing was necessary and justified.

Statutory Provisions

Section 16(1) of the *Criminal Code* (as amended by S.C. 1991, c. 43, s. 2) reads as follows:

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong.

The above version of s. 16(1) came into force on February 4, 1992. Prior to that, s. 16 of the *Criminal Code* provided:

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was insane.

(2) For the purposes of this section, a person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders the person incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

(3) A person who has specific delusions, but is in other respects sane, shall not be acquitted on the ground of insanity unless the delusions caused that person to

certain renseignements véritables — que peut-être le meurtre est justifié dans une situation donnée — et elle croit qu'elle est justifiée de tuer.

R. Je crois que ce serait le cas, oui.

Puis, de nouveau:

Q. Dr Trichard, à partir du compte rendu que vous avez reçu sur M. Oommen et sur le meurtre qu'il a commis, diriez-vous que, dans sa tête, il croyait alors, à cause de ses idées délirantes et de sa crainte, qu'il était justifié de faire ce qu'il a fait?

R. Oui, c'est ce que je crois.

En d'autres termes, M. Oommen avait la capacité générale de distinguer le bien du mal. Cependant, le soir du meurtre, ses idées délirantes l'avaient rendu incapable de savoir que tuer M^{me} Beaton était mauvais. Au contraire, ces idées délirantes l'ont amené à croire que le meurtre était nécessaire et justifié.

Les dispositions législatives

Voici le texte du par. 16(1) du *Code criminel* (modifié par L.C. 1991, ch. 43, art. 2):

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

Cette version du par. 16(1) est entrée en vigueur le 4 février 1992. Auparavant, l'art. 16 du *Code criminel* se lisait ainsi:

16. (1) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'il était aliéné.

(2) Pour l'application du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

(3) Une personne qui a des idées délirantes sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne peut être acquittée pour le motif d'aliénation

believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused the act or omission of that person.

Section 16 was amended following the judgment of this Court in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, in which the majority of the Court held that the former s. 16(3) was redundant.

Judgments

Trial

The trial judge found that the accused was acting under the influence of a paranoid delusion at the time of the killing and that this was the cause of the killing: "When I consider what caused the murder, I find that I have very little doubt that it was caused and, indeed, compelled by the mental disorder suffered by [Mr. Oommen] and described by the psychiatrists as psychosis of a delusional paranoid type." The trial judge found that on a balance of probabilities Mr. Oommen "was capable of knowing that what he was doing was wrong according to moral standards of society . . . [H]e was capable of knowing that society in general would regard it as wrong."

Despite this general capacity to distinguish right from wrong, the trial judge found as a fact that "subjectively the accused did not believe his act was wrong". Whether because of this subjective belief in the rightness of his act or confusion engendered by the delusion, the trial judge found that Mr. Oommen was unable to apply his general ability to distinguish right from wrong to the act of killing Ms. Beaton: "I must say that I'm certain that the fact of that knowledge could not have in any way assisted the accused in refraining from committing the act because in his own mind he believed he had no choice to do anything but what he did." The trial judge concluded that in view of the accused's general capacity to know right from wrong, he was not relieved from criminal responsibility under s. 16(1), notwithstanding his subjective belief that what he did was right and his

mentale, à moins que ses idées délirantes ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.

L'article 16 a été modifié à la suite de l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, dans lequel notre Cour a conclu, à la majorité, que l'ancien par. 16(3) était redondant.

b Les juridictions inférieures

Procès

Le juge du procès a conclu que l'accusé était sous le coup d'idées délirantes paranoïdes au moment du meurtre et que c'était là la cause du meurtre: [TRADUCTION] «Lorsque j'examine ce qui a provoqué le meurtre, je doute fort peu que ce soient les troubles mentaux de [M. Oommen], que les psychiatres ont décrit comme une psychose paranoïde accompagnée d'idées délirantes, qui l'aient amené et, même, forcé à tuer.» Le juge du procès a affirmé que, selon la prépondérance des probabilités, M. Oommen [TRADUCTION] «était capable de savoir que ce qu'il faisait était mauvais selon les normes morales de la société. [. . .] [I]l était capable de savoir que la société en général considérerait un tel acte comme mauvais.»

Malgré cette capacité générale de distinguer le bien du mal, le juge du procès a tiré la conclusion de fait suivante: [TRADUCTION] «subjectivement, l'accusé ne croyait pas que son acte était mauvais». Peu importe que ce soit parce que l'accusé croyait subjectivement avoir accompli un acte bon ou qu'il existait dans son esprit une confusion engendrée par ses idées délirantes, le juge du procès a conclu que M. Oommen n'était pas en mesure d'appliquer au meurtre de M^{me} Beaton sa capacité générale de distinguer le bien du mal: [TRADUCTION] «Je dois affirmer que je suis certain que, de toute façon, l'existence de cette connaissance n'aurait pas aidé l'accusé à s'abstenir d'accomplir cet acte parce que, dans sa tête, il croyait n'avoir d'autre choix que de faire ce qu'il a fait.» Le juge du procès a conclu que, puisque l'accusé avait la capacité générale de distinguer le bien du mal, il ne se trouvait pas exonéré de la responsabilité criminelle en vertu du par. 16(1), même s'il

inability to apply his general knowledge of right and wrong.

Court of Appeal (1993), 21 C.R. (4th) 117

Kerans J.A. (Fraser C.J.A. concurring) reviewed recent judgments and changes in the *Criminal Code* regarding insanity. He interpreted the decision of this Court in *Chaulk* to stand for the proposition that the former s. 16(3) of the *Code* was "superfluous", not that the defence stated therein is unavailable. In his view, s. 16(1) of the *Code* obliged the trial judge to direct his mind to the question of whether Mr. Oommen, despite no proven incapacity to understand societal views about right and wrong, lacked the capacity, because of his disease and the resulting delusions, to apply that knowledge in any meaningful way at the time of the killing. The majority reasoned that if Mr. Oommen could be said to have feared for his life at the time of the murder, then the act of killing, from his point of view, would not be wrong, with the result that he would be found not to be capable of distinguishing right from wrong within s. 16(1). While it was the notion of self-defence that made the act justifiable in the killer's mind, the inquiry, according to Kerans J.A., was not a matter of applying the defence of self-defence, but rather a personalized inquiry under insanity law. He concluded (at pp. 125-26):

I conclude that s. 16(1) must, to make sense, ordain a necessary degree of personalization of the rules for those who can show, on a balance of probabilities, that they suffer from insane delusions. The question, then, is whether, assuming the delusions to be true, would a reasonable person see a threat to life and a need for death-threatening force?

A new trial was directed on the ground that the trial judge had failed to direct his mind to the delusions Mr. Oommen was under and their effect on whether he was capable, given those delusions, of knowing that the killing was wrong.

croyait subjectivement avoir bien agi et qu'il était incapable d'appliquer sa connaissance générale du bien et du mal.

a Cour d'appel (1993), 21 C.R. (4th) 117

Le juge Kerans de la Cour d'appel (à l'avis duquel a souscrit le juge en chef Fraser) a examiné la jurisprudence récente ainsi que les modifications apportées au *Code criminel* relativement à l'aliénation mentale. À son avis, l'arrêt *Chaulk* de notre Cour signifiait que l'ancien par. 16(3) était «superflu» et non que le moyen de défense invoqué dans cette affaire n'existait plus. Il a estimé que le par. 16(1) du *Code* obligeait le juge du procès à examiner si, malgré l'absence de preuve de son incapacité de comprendre la conception du bien et du mal qu'a la société, M. Oommen n'était pas en mesure, à cause de sa maladie et des idées délirantes qui en résultait, d'appliquer cette connaissance d'une façon utile au moment du meurtre. La cour à la majorité a jugé que, si l'on pouvait affirmer que M. Oommen craignait pour sa vie au moment du meurtre, ce meurtre ne serait pas mauvais à son point de vue et l'on conclurait alors qu'il n'était pas capable de distinguer le bien du mal au sens du par. 16(1). Bien que ce soit la notion de légitime défense qui, dans l'esprit du meurtrier, rendait l'acte justifiable, le juge Kerans a précisé qu'il s'agissait non pas d'un cas où il y avait lieu d'appliquer le moyen de la légitime défense, mais plutôt d'un cas où il convenait de procéder à un examen personnalisé en vertu des dispositions sur l'aliénation mentale. Il tire la conclusion suivante (aux pp. 125 et 126):

[TRADUCTION] Je conclus que, pour être logique, le par. 16(1) prescrit un degré de personnalisation des règles pour les personnes qui peuvent démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'elles ont des idées délirantes. Il s'agit alors de savoir, en supposant que ces idées délirantes existent, si une personne raisonnable considérerait que sa vie est menacée et qu'elle doit employer une force de nature à causer la mort.

Un nouveau procès a été ordonné pour le motif que le juge du procès avait omis de tenir compte des idées délirantes de M. Oommen et de leur incidence sur sa capacité de savoir que tuer était mauvais.

Côté J.A. concurred in the result on the ground that the trial judge had failed to consider vital matters. However, in his view the phrase "knowing that it was wrong" in s. 16(1) applies only to mistake or delusion of a moral or legal nature and does not extend to mistakes or delusions of a purely factual nature. So if the only delusion was that his life was being threatened, he would be criminally responsible notwithstanding his mental disorder.

Analysis

The Legal Question

Section 16(1) affirms that a person who lacks the capacity to know that the act he is committing is wrong is exempt from criminal responsibility.

This appeal poses the following legal issue. What is meant by the phrase "knowing that [the act] was wrong" in s. 16(1)? Does it refer only to abstract knowledge that the act of killing would be viewed as wrong by society? Or does it extend to the inability to rationally apply knowledge of right and wrong and hence to conclude that the act in question is one which one ought not to do?

A review of the history of our insanity provision and the cases indicates that the inquiry focuses not on general capacity to know right from wrong, but rather on the ability to know that a particular act was wrong in the circumstances. The accused must possess the intellectual ability to know right from wrong in an abstract sense. But he or she must also possess the ability to apply that knowledge in a rational way to the alleged criminal act.

The wording of s. 16(1) suggests this result. It proclaims that the focus is not a general capacity to understand that the act, say of killing, is wrong, but rather the act "committed" or omission "made", i.e. the particular act or omission at issue in the criminal proceedings.

Le juge Côté a souscrit à l'issue de l'affaire pour le motif que le juge du procès avait omis de tenir compte de questions essentielles. Cependant, à son avis, l'expression «savoir que l'acte ou l'omission était mauvais», utilisée au par. 16(1), vise seulement les erreurs ou les idées délirantes de nature morale ou juridique mais non de nature purement factuelle. Alors, si M. Oommen avait comme seule idée délirante que sa vie était en danger, il serait criminellement responsable en dépit de ses troubles mentaux.

Analyse

La question juridique

Le paragraphe 16(1) précise que la personne qui est incapable de savoir que l'acte qu'elle accomplit est mauvais est exonérée de toute responsabilité criminelle.

Le présent pourvoi soulève la question juridique suivante: Qu'entend-on au par. 16(1) par l'expression «savoir que l'acte [...] était mauvais»? Vise-t-elle seulement la connaissance abstraite que l'acte de tuer serait considéré comme mauvais par la société? Ou vise-t-elle l'incapacité d'une personne d'appliquer rationnellement sa connaissance du bien et du mal et donc de conclure que l'acte en question ne devrait pas être accompli?

D'après notre examen de l'historique des dispositions sur l'aliénation mentale et de la jurisprudence sur le sujet, il faut examiner non pas la capacité générale de distinguer le bien du mal, mais plutôt la capacité de savoir qu'un acte donné était mauvais dans les circonstances. L'accusé doit avoir la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal au sens abstrait. Cependant, il doit aussi avoir la capacité d'appliquer rationnellement cette connaissance à l'acte criminel reproché.

Ce résultat émane du texte même du par. 16(1). Il démontre que l'élément essentiel est non pas la capacité générale de comprendre que l'acte, par exemple, le meurtre, est mauvais, mais plutôt «l'acte» ou l'«omission» «survenu», c.-à-d. l'acte ou l'omission en cause dans les poursuites criminelles.

The history of s. 16(1) confirms this. The provision finds its origin in the "M'Naghten Rules": *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718. The House of Lords put the following questions, *inter alia*, to the judges (at p. 720):

2d. What are the proper questions to be submitted to the jury, where a person alleged to be afflicted with insane delusion respecting one or more particular subjects or persons, is charged with the commission of a crime (murder, for example), and insanity is set up as a defence?

3d. In what terms ought the question to be left to the jury, as to the prisoner's state of mind at the time when the act was committed?

Lord Chief Justice Tindal replied (at p. 722) that the judges thought that these two questions could be answered together:

[W]e have to submit our opinion to be, that the jurors ought to be told in all cases that every man is to be presumed to be sane, and to possess a sufficient degree of reason to be responsible for his crimes, until the contrary be proved to their satisfaction; and that to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong. [Emphasis added.]

Both the question and answer demonstrate that the rule focuses not on a general capacity to understand right and wrong in some abstract sense, but on the particular capacity of the accused to understand that his or her act was wrong at the time of committing the act. Lord Chief Justice Tindal added an explanation of the word "wrong" (at p. 723):

If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable; and the usual course therefore has been to leave the question to the jury, whether the party accused had a sufficient degree of reason to know that he was doing an act that was wrong [Emphasis added.]

L'historique du par. 16(1) confirme cela. Cette disposition a son origine dans les «règles M'Naghten»: *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718. La Chambre des lords a soumis les questions suivantes aux juges (à la p. 720):

[TRADUCTION] 2d. Quelles sont les questions pertinentes qui doivent être soumises au jury lorsqu'une personne que l'on prétend atteinte d'hallucinations à l'égard d'une seule ou de plusieurs choses ou personnes, est accusée d'avoir commis un crime (par exemple, un meurtre), et que l'aliénation mentale est invoquée comme moyen de défense?

3d. Dans quels termes devrait-on soumettre au jury la question portant sur l'état d'esprit du prisonnier au moment où l'acte a été accompli?

Le lord juge en chef Tindal réplique, à la p. 722, que les juges estimaient pouvoir répondre en même temps à ces deux questions:

[TRADUCTION] . . . nous sommes d'avis qu'il faudrait dire au jury, dans toutes les causes, que tout homme doit être présumé sain d'esprit et en possession d'une raison suffisamment éclairée pour être responsable de ses crimes, jusqu'à ce que le contraire soit prouvé à la satisfaction du jury, et que, pour faire valoir l'aliénation mentale comme moyen de défense, il faut prouver clairement qu'au moment où l'acte a été accompli, l'accusé souffrait d'une imperfection de la raison, due à une maladie mentale, telle qu'il ignorait la nature et la qualité de l'acte par lui accompli ou, s'il les connaissait, telle qu'il ignorait que ce qu'il faisait était mauvais. [Je souligne.]

La question et la réponse illustrent que la règle met l'accent non pas sur la capacité générale de distinguer le bien du mal au sens abstrait, mais sur la capacité particulière de l'accusé de comprendre que son acte était mauvais au moment où il l'a accompli. Le lord juge en chef Tindal ajoute une explication du terme «mauvais» (à la p. 723):

[TRADUCTION] Si l'accusé avait conscience que l'acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir, et si cet acte était en même temps contraire à la loi du pays, il est justiciable d'une peine; et la méthode employée a consisté à laisser le jury décider si l'accusé jouissait suffisamment de sa raison pour savoir qu'il accomplissait un acte mauvais . . . [Je souligne.]

Tollefson and Starkman, *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), at p. 30, suggest that what the judges were saying was this:

We agree with you that the meaning to be conveyed to the jury is that the exemption is based on whether the accused is capable of knowing that the act was contrary to the law. But for practical reasons, the jury cannot be told that in so many words. We therefore use the word 'wrong', and make it as clear as possible that the jurors must view the act in the context of the specific charge and not in some general sense. [Emphasis added.]

In *Chaulk, supra*, this Court affirmed that the focus must be on capacity to know that the act committed was wrong, and not merely on a general capacity to distinguish right from wrong. Lamer C.J., writing for the majority, stated (at p. 1354):

The principal issue in this regard is the capacity of the accused person to know that a particular act or omission is wrong. As such, to ask simply what is the meaning of the word "wrong" for the purposes of s. 16(2) is to frame the question too narrowly. To paraphrase the words of the House of Lords in *M'Naghten's Case*, the courts must determine in any particular case whether an accused was rendered incapable, by the fact of his mental disorder, of knowing that the act committed was one that he ought not have done. [Emphasis in original.]

The crux of the inquiry is whether the accused lacks the capacity to rationally decide whether the act is right or wrong and hence to make a rational choice about whether to do it or not. The inability to make a rational choice may result from a variety of mental disfunctions; as the following passages indicate these include at a minimum the states to which the psychiatrists testified in this case — delusions which make the accused perceive an act which is wrong as right or justifiable, and a disordered condition of the mind which deprives the accused of the ability to rationally evaluate what he is doing.

D'après Tollefson et Starkman, dans *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), à la p. 30, les juges voulaient dire par là:

[TRANSLATION] Nous sommes d'accord avec vous qu'il faut informer le jury que l'exonération repose sur la question de savoir si l'accusé est capable de savoir que l'acte est contraire à la loi. Toutefois, pour des raisons pratiques, on ne peut dire cela au jury en autant de mots. C'est pourquoi nous utilisons le terme «mauvais» et disons d'une façon aussi claire que possible que les jurés doivent considérer l'acte dans le contexte de l'accusation précise et non dans un sens général. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Chaulk*, précité, notre Cour a affirmé que l'accent doit être mis sur la capacité de l'accusé de savoir que l'acte accompli était mauvais, et non simplement sur la capacité générale de distinguer le bien du mal. Le juge en chef Lamer affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 1354:

La principale question en litige sous ce rapport est la capacité de l'accusé de savoir qu'un acte ou une omission donné est mauvais. Se demander simplement quel est le sens du mot «mauvais», pour l'application du par. 16(2), c'est restreindre indûment la portée de la question. Pour reprendre la formule de la Chambre des lords dans l'arrêt *M'Naghten*, les tribunaux doivent décider dans chaque cas si l'accusé était incapable, en raison d'un désordre mental, de savoir que l'acte commis était une chose qu'il ne devait pas accomplir. [Souligné dans l'original.]

Il s'agit essentiellement de déterminer si l'accusé a la capacité de décider rationnellement si l'acte est bon ou mauvais et donc de faire un choix rationnel de l'accomplir ou non. L'incapacité de faire un choix rationnel peut découler de toute une gamme de troubles mentaux; comme l'indiquent les passages qui suivent, ces troubles comprennent tout au moins les états d'esprit décrits par les psychiatres qui ont témoigné en l'espèce — les idées délirantes qui font que l'accusé perçoit un acte mauvais comme s'il était bon ou justifiable, et un état d'esprit troublé qui prive l'accusé de la capacité d'apprécier rationnellement ce qu'il fait.

In *R. v. Porter* (1933), 55 C.L.R. 182 (H.C. Austr.), at pp. 189-90, Dixon J. charged a jury in the following oft-cited manner:

The question is whether [the accused] was able to appreciate the wrongness of the particular act he was doing at the particular time. Could this man be said to know in this sense whether his act was wrong if through a disease or defect or disorder of the mind he could not think rationally of the reasons which to ordinary people make that act right or wrong? If through the disordered condition of the mind he could not reason about the matter with a moderate degree of sense and composure it may be said that he could not know that what he was doing was wrong What is meant by wrong is wrong having regard to the everyday standards of reasonable people. [Emphasis added.]

In *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358, at p. 367, the High Court of Australia concluded:

... it is enough if [the disease, disorder, or defect of reason] so governed the faculties at the time of the commission of the act that the accused was incapable of reasoning with some moderate degree of calmness as to the wrongness of the act or of comprehending the nature or significance of the act of killing.

G. Arthur Martin, Q.C. (later Martin J.A.), put it this way in "Insanity as a Defence" (1965-66), 8 *Crim. L.Q.* 240, at p. 246:

In considering whether an accused was, by reason of insanity, incapable of knowing the nature and quality of the act committed by him, or that it was wrong, the legally relevant time is the time when the act was committed. The accused may by a process of reconstruction after committing some harmful act realize that he has committed the act and know that it was wrong. That is not inconsistent with an inability to appreciate the nature and quality of the act or to know that it was wrong at the moment of committing it.

A person may have adequate intelligence to know that the commission of a certain act, e.g., murder, is wrong but at the time of the commission of the act in question he may be so obsessed with delusions or subject to impulses which are the product of insanity that he is incapable of bringing his mind to bear on what he is

Dans l'arrêt *R. c. Porter* (1933), 55 C.L.R. 182 (H.C. Austr.), aux pp. 189 et 190, le juge Dixon donne au jury les directives suivantes, qui ont été citées à maintes reprises:

[TRADUCTION] La question est de savoir s'il était capable de se rendre compte que l'acte donné était mauvais au moment où il l'accomplissait. Peut-on dire que cet homme savait, au sens susdit, que son acte était mauvais si, en raison d'une maladie, de désordre ou de troubles mentaux, il ne pouvait concevoir de façon rationnelle les motifs qui, pour les gens ordinaires, rendent cet acte bon ou mauvais? Si, en raison de son état mental, il ne pouvait raisonner sur la question avec un certain degré de bon sens et de calme, on peut dire qu'il ne pouvait savoir que ce qu'il faisait était mauvais. [. . .] On entend mauvais compte tenu des normes ordinaires des gens raisonnables. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Stapleton c. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358, à la p. 367, la Haute Cour d'Australie conclut:

[TRADUCTION] ... il suffit que [la maladie, les troubles mentaux ou la déficience mentale] aient affecté à ce point les facultés de l'accusé, au moment où il a accompli l'acte, qu'il était incapable de raisonner avec un certain degré de calme quant au caractère mauvais de l'acte ou de comprendre la nature ou l'importance de l'acte.

Voici ce qu'affirme à cet égard G. Arthur Martin, c.r. (plus tard juge de la Cour d'appel) dans «Insanity as a Defence» (1965-66), 8 *Crim. L.Q.* 240, à la p. 246:

[TRADUCTION] Lorsque l'on examine si un accusé était, pour cause d'aliénation mentale, incapable d'apprécier la nature et la qualité de l'acte qu'il accomplissait, ou de savoir qu'il était mauvais, le moment pertinent en droit est celui où l'acte a été accompli. L'accusé peut, en reconstituant ce qui s'est passé après avoir accompli un acte nocif, se rendre compte qu'il a accompli l'acte et que c'était mauvais. Cela n'est pas incompatible avec l'incapacité d'apprécier la nature et la qualité de l'acte ou de savoir qu'il était mauvais au moment de l'accomplir.

Une personne peut être suffisamment intelligente pour savoir que l'accomplissement d'un certain acte, p. ex., un meurtre, est mauvais; cependant, au moment où elle accomplit l'acte en question, elle peut être si obsédée par des idées délirantes ou victime d'impulsions reliées à l'aliénation mentale qu'elle est incapable de

doing and the considerations which to normal people would make the act right or wrong. In such a situation the accused should be exempt from criminal liability. [Emphasis added.]

It was suggested that Mr. Oommen could be exempted from criminal responsibility only if he could make out the defence of self-defence. I do not agree. There is no suggestion in the authorities that the accused must establish that his delusion permits him to raise a specific defence, such as self-defence. The issue is whether the accused possessed the capacity present in the ordinary person to know that the act in question was wrong having regard to the everyday standards of the ordinary person. It is not necessary additionally to show that the defence of self-defence would also apply. Indeed, to posit such a requirement is to require the defence to prove two logically inconsistent propositions: first, that the accused was by reason of mental disorder unable to make the choice which a reasonable person would make; and second, that the accused acted reasonably in repelling an imminent attack. The difficulty is avoided, however, when it is recognized that s. 16 is not merely a vehicle for bringing particular defences before the court; it is an independent condition of criminal responsibility, as this Court affirmed in *Chaulk* and as the wording of the amended section makes clear. It may be that the nature of the delusion is to create a subjective impression in the accused's mind that he must defend himself or himself be killed, akin to that present when the defence of self-defence is raised, but that is incidental. Thus the question is not whether, assuming the delusions to be true, a reasonable person would have seen a threat to life and a need for death-threatening force. Rather, the real question is whether the accused should be exempted from criminal responsibility because a mental disorder at the time of the act deprived him of the capacity for rational perception and hence rational choice about the rightness or wrongness of the act.

juger de l'acte et des considérations qui, pour les gens normaux, rendraient l'acte bon ou mauvais. Dans ce cas, l'accusé devrait être exonéré de toute responsabilité criminelle. [Je souligne.]

On a laissé entendre que M. Oommen pourrait être exonéré de toute responsabilité criminelle seulement s'il pouvait invoquer la légitime défense. Je ne suis pas d'accord. La jurisprudence ne laisse aucunement entendre que l'accusé doit établir que ses idées délirantes lui permettent d'invoquer un moyen de défense précis comme la légitime défense. La question est de savoir si l'accusé avait la capacité, que possède une personne ordinaire, de savoir que l'acte en question était mauvais selon les normes d'une personne ordinaire. Il n'est pas nécessaire de démontrer en plus que la légitime défense s'appliquerait également. En fait, établir une telle exigence reviendrait à exiger de la défense qu'elle prouve deux propositions logiquement incompatibles: premièrement, que l'accusé était, à cause de troubles mentaux, incapable de faire le choix qu'une personne raisonnable aurait fait et, deuxièmement, que l'accusé a agi raisonnablement pour repousser une attaque imminente. Cependant, on évite cette difficulté si l'on reconnaît que l'art. 16 ne constitue pas simplement un moyen d'invoquer certains moyens de défense devant le tribunal; cette disposition crée une condition indépendante de responsabilité criminelle, comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Chaulk* et comme l'indique clairement son texte modifié. Il se peut que la nature de l'idée délirante soit de créer, dans l'esprit de l'accusé, l'impression subjective qu'il doit se défendre ou risquer d'être tué, impression qui ressemble à celle qui existe lorsqu'on invoque la légitime défense, mais qui est secondaire. Il ne s'agit donc pas de déterminer, en supposant que ces idées délirantes existent, si une personne raisonnable aurait considéré que sa vie était menacée et qu'elle devait employer une force de nature à causer la mort. La véritable question est plutôt de savoir si l'accusé devrait être exonéré de toute responsabilité criminelle parce que les troubles mentaux dont il souffrait au moment de l'acte l'empêchaient de juger de façon rationnelle et donc de faire un choix rationnel quant au caractère bon ou mauvais de l'acte.

It was also suggested that to permit an exemption from criminal responsibility in this case would be to open the door to exemption in cases of failure to exercise the will. The law has long distinguished between disorders affecting the ability to recognize what is wrong, and the will to act or refrain from acting (although at the time of *M'Naghten's Case* the distinction may not have been as clear as we are wont to think: see Tollefson and Starkman, *supra*, at p. 39). Moreover, the wording of s. 16(1) suggests a cognitive test. This said, it must be recognized that impulse may be part of the mental mix which prevents a person from rationally evaluating the wrongness of his act. As Tollefson and Starkman state at pp. 40-41:

Section 16 of the Canadian *Criminal Code* employs a "cognitive test" and does not provide exemption from criminal responsibility for people who claim that mental disorder rendered them incapable of controlling their volition. It has been recognized, however, that evidence of irresistible impulse may be adduced as a symptom of disease of the mind which will be taken into account by the jury in determining whether the accused was suffering from mental disorder to the extent of being rendered incapable of exercising the "cognitive" functions of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong. See *R. v. Wolfson* (1965), 51 D.L.R. (2d) 428 (Alta. C.A.); *R. v. Borg*, [1969] S.C.R. 551, per Hall J. at 570-71; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at 38-39.

Finally, it should be noted that we are not here concerned with the psychopath or the person who follows a personal and deviant code of right and wrong. The accused in the case at bar accepted society's views on right and wrong. The suggestion is that, accepting those views, he was unable because of his delusion to perceive that his act of killing was wrong in the particular circumstances of the case. On the contrary, as the psychiatrists testified, he viewed it as right. This is different from the psychopath or person following a deviant moral code. Such a person is capable of knowing that his or her acts are wrong in the eyes of society, and despite such knowledge, chooses to com-

On a aussi soutenu que permettre une exonération de responsabilité criminelle en l'espèce ouvrirait la voie à d'autres exceptions dans les cas où il n'y a pas eu exercice de volonté. Le droit fait depuis longtemps la distinction entre les troubles qui affectent la capacité de reconnaître ce qui est mauvais, et la volonté d'agir ou de s'abstenir d'agir (cependant, à l'époque de l'affaire *M'Naghten*, la distinction n'était peut-être pas aussi claire qu'on a l'habitude de croire: voir Tollefson et Starkman, *op. cit.*, à la p. 39). En outre, d'après le texte du par. 16(1), il faut recourir à un test cognitif. Cela dit, il faut reconnaître que l'impulsion peut faire partie de la confusion mentale qui empêche une personne d'apprécier rationnellement le caractère mauvais de son acte. Comme le font fait remarquer Tollefson et Starkman, aux pp. 40 et 41:

[TRADUCTION] L'article 16 du *Code criminel* du Canada recourt à un «test cognitif» et ne prévoit pas d'exonération de responsabilité criminelle pour une personne qui soutient que des troubles mentaux l'ont rendue incapable de contrôler sa volonté. Cependant, on a reconnu que l'on peut présenter une preuve d'impulsion irrésistible comme symptôme d'une maladie mentale dont le jury tiendra compte pour déterminer si l'accusé souffrait de troubles mentaux qui le rendaient incapable d'exercer ses fonctions «cognitives» de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. Voir les arrêts *R. c. Wolfson* (1965), 51 D.L.R. (2d) 428 (C.A. Alb.); *R. c. Borg*, [1969] R.C.S. 551, le juge Hall, aux pp. 570 et 571; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, aux pp. 38 et 39.

Enfin, il y a lieu de souligner qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un psychopathe ou d'une personne dont le code de conduite personnelle s'écarte de la norme du bien et du mal. L'accusé, en l'espèce, acceptait la conception du bien ou du mal de la société. On laisse entendre que, selon cette conception, il était, à cause de ses idées délirantes, incapable de se rendre compte que l'homicide commis était mauvais dans les circonstances particulières de l'affaire. Au contraire, comme l'ont témoigné les psychiatres, il considérait qu'il agissait bien. Cela est différent du cas du psychopathe ou de la personne dont le code de conduite morale s'écarte de la norme. Dans ce cas, une personne est capable

mit them. To quote Herbert Fingarette, *The Meaning of Criminal Insanity* (1972), at pp. 200-201:

It should be evident that we are not here reverting to the thesis that "knew it was wrong" means "judged it wrong in the light of his own conscience." . . . [S]uch a definition could never be acceptable in a viable criminal law. As the courts have rightly insisted, it is a public standard of wrong that must be used, whether public law or community morality.

What we are saying here is that "knowing the nature and quality of the act or that it is wrong" in the context of insanity (and thus, rationality) means "having the capacity to rationally assess — define and evaluate — his own particular act in the light of the relevant public standards of wrong"

The preceding comments should not be taken to mean that a person is not responsible if he holds irrational beliefs, for that is not the case The point is that if the person has a mental makeup which is such that he lacks even the capacity for rationality, then responsibility is vitiated. If he has the capacity but simply fails to use it, responsibility is not precluded.

Application of the Law to this Appeal

The evidence indicated that the accused was suffering from a mental disorder causing paranoid delusion at the time of the killing. The trial judge found that this mental disorder "compelled" the killing. The remaining question was whether the disorder "rendered [the accused] incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong".

The evidence was capable of supporting an affirmative answer to the question of whether the accused was deprived of the capacity to know his act was wrong. First, there was evidence that the accused honestly felt that he was under imminent danger of being killed by Ms. Beaton if he did not kill her first, and that for this reason, believed that the act of killing her was justified. This delusion

de savoir que ses actes sont mauvais aux yeux de la société, mais elle choisit néanmoins de les accomplir. Citons à ce sujet Herbert Fingarette, *The Meaning of Criminal Insanity* (1972), aux pp. 200 et 201:

[TRANSDUCTION] Il devrait être évident que nous ne revenons pas à la thèse selon laquelle l'expression «savait que c'était mauvais» signifie qu'elle «jugait mauvais d'après sa conscience.» . . . [U]ne telle définition ne pourrait jamais être acceptée dans un régime de droit criminel viable. Comme les tribunaux l'ont maintenu à bon droit, il faut recourir à une norme publique du mal, que ce soit le droit public ou la moralité de la collectivité.

En fait, nous affirmons que «juger de la nature et de la qualité de l'acte ou savoir qu'il est mauvais» dans le contexte de l'aliénation mentale (et donc de la rationalité) signifie «avoir la capacité de juger rationnellement — définir et évaluer — son propre acte par rapport aux normes publiques pertinentes du mal» . . .

Les commentaires qui précèdent ne devraient pas être interprétés comme signifiant qu'une personne n'est pas responsable si elle a des idées irrationnelles, car ce n'est pas le cas . . . Le fait est que si l'état d'esprit d'une personne est tel qu'elle n'a même pas la capacité d'agir rationnellement, alors sa responsabilité ne sera pas engagée. Cependant, si elle a cette capacité, mais ne l'exerce simplement pas, elle sera responsable.

Application des règles de droit au présent pourvoi

Il ressort de la preuve que l'accusé souffrait de troubles mentaux à l'origine d'idées délirantes paranoïdes au moment du meurtre. Le juge du procès a conclu que ces troubles mentaux l'avaient «forcé» à tuer. Il reste à savoir si les troubles mentaux «rend[aient] [l'accusé] incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais».

La preuve pouvait justifier une réponse affirmative à la question de savoir si l'accusé était privé de la capacité de savoir que son acte était mauvais. Premièrement, il était établi que l'accusé croyait honnêtement qu'il se trouvait en danger imminent d'être tué par M^{me} Beaton s'il ne la tuait pas le premier, et que, pour ce motif, il était justifié de la tuer. Cette idée délirante aurait privé l'accusé de la

would have deprived the accused of the ability to know that his act was wrong; in his eyes, it was right. Second (and this may be to say the same thing), there was evidence capable of supporting the conclusion that the accused's mental state was so disordered that he was unable to rationally consider whether his act was right or wrong in the way a normal person would.

The trial judge found that while the accused was generally capable of knowing that the act of killing was wrong, he could not apply that capacity for distinguishing right from wrong at the time of the killing because of his mental disorder. He further found that because of that disorder, Mr. Oommen was deluded into believing that he had no choice but to kill. These findings are consistent with the conclusion that Mr. Oommen's mental disorder deprived him of the capacity to know his act was wrong by the standards of the ordinary person. As the cases make clear s. 16(1) of the *Criminal Code* embraces not only the intellectual ability to know right from wrong, but the capacity to apply that knowledge to the situation at hand.

Disposition

I would dismiss the appeal and confirm the order directing a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Edmonton.

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

capacité de savoir que son acte était mauvais; à ses yeux, il était bon. Deuxièmement (et cela revient peut-être à dire la même chose), la preuve pouvait permettre de conclure que l'état d'esprit de l'accusé était à ce point troublé qu'il était incapable de juger rationnellement si son acte était bon ou mauvais de la façon dont le ferait une personne normale.

Le juge du procès a conclu que, même s'il était généralement capable de savoir que tuer était mauvais, l'accusé n'était pas en mesure de distinguer le bien du mal au moment du meurtre, à cause de ses troubles mentaux. Il a aussi conclu que ces troubles avaient amené M. Oommen à croire qu'il n'avait d'autre choix que de tuer. Ces conclusions sont compatibles avec celle que M. Oommen était, en raison de ses troubles mentaux, privé de la capacité de savoir que son acte était mauvais selon les normes d'une personne ordinaire. Comme la jurisprudence l'établit clairement, le par. 16(1) du *Code criminel* vise non seulement la capacité intellectuelle de distinguer le bien du mal, mais aussi la capacité d'appliquer cette connaissance à la situation en présence.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

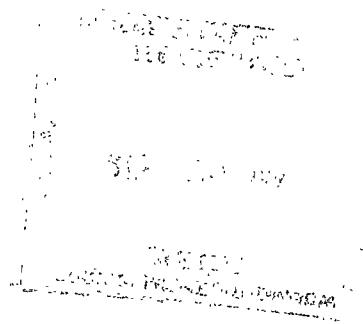
Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, Edmonton.

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



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1994 Vol. 2

4^e cahier, 1994 Vol. 2

Cited as [1994] 2 S.C.R. 525-714

Renvoi [1994] 2 R.C.S. 525-714

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

**Commission scolaire régionale de Chambly v.
Bergevin 525**

Civil rights — Discrimination on basis of religion — Employment — School calendar in collective agreement requiring Jewish teachers to work on holy day — School board granting Jewish teachers leave of absence but without pay — Whether school calendar had effect of discriminating against Jewish teachers — If so, whether school board took reasonable steps to accommodate Jewish teachers.

Judicial review — Labour relations — Arbitration — Collective agreement — School calendar requiring Jewish teachers to work on holy day — School board granting Jewish teachers leave of absence but without pay — Arbitration board concluding that school calendar had effect of discriminating against Jewish teachers and that school board did not take reasonable steps to accommodate them — School board ordered to pay teachers for their absence on holy day — Whether arbitration board's decision patently unreasonable.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

**Commission scolaire régionale de Chambly c.
Bergevin 525**

Libertés publiques — Discrimination fondée sur la religion — Emploi — Enseignants de religion juive requis de travailler un jour de fête religieuse en raison du calendrier scolaire prévu dans la convention collective — Enseignants de religion juive autorisés par la commission scolaire à prendre une journée de congé sans traitement — Le calendrier scolaire a-t-il un effet discriminatoire sur les enseignants de religion juive? — Dans l'affirmative, la commission scolaire a-t-elle pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec les enseignants de religion juive?

Contrôle judiciaire — Relations de travail — Arbitrage — Convention collective — Enseignants de religion juive requis de travailler un jour de fête religieuse en raison du calendrier scolaire — Enseignants de religion juive autorisés par la commission scolaire à prendre une journée de congé sans traitement — Tribunal d'arbitrage concluant que le calendrier

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers) 557

Administrative law — Judicial review — Securities Commission — Commission part of larger regulatory framework — No privative clause and right of appeal — Appropriate standard of review of Commission's decisions — Whether standard properly applied — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, ss. 1(1) "material change", "material fact", 14(1), (2), 44(1), 45(2), 49(1), 50(1), 67, 68, 144(1)(a), (b), (c), (d), 149(a), (b), (c), 154.2.

Securities — Securities Commission — Statutory duty on issuers of stock to disclose nature and substance of material change — Prohibition against insider trading — Series of transactions allegedly breaching duty to disclose — Whether transactions breaching duty to disclose and/or prohibition against insider trading.

Schmidt v. Air Products Canada Ltd. 611

Pensions — Trusts — Contracts — Pension fund — Surplus — Entitlement to surplus in defined benefit pension plans — One plan incorporating a trust fund and not contemplating the reversion of surplus assets to the company — Second plan originally defined contribution plan but converted to defined benefit plan — Second plan making no reference to the existence of a trust and specifically contemplating the reversion of surplus assets to the company — Whether employer entitled to surplus — Whether employer entitled to contribution holiday in situation where pension fund in surplus — Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c) — Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

SOMMAIRE (Fin)

scolaire avait un effet discriminatoire sur les enseignants de religion juive et que la commission scolaire n'a pas pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec eux — Commission scolaire enjointe de payer les enseignants absents un jour de fête religieuse — La décision du tribunal d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers) 557

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Commission des valeurs mobilières — Commission intégrée dans un régime de réglementation — Absence de clause privative et de droit d'appel — Norme de contrôle appropriée des décisions de la Commission — La norme appropriée a-t-elle été appliquée? — Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 1(1) «changement important», «fait important», 14(1), (2); 44(1), 45(2), 49(1), 50(1), 67, 68, 144(1)a, b), c), d), 149a), b), c), 154.2.

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières — Loi imposant aux émetteurs d'actions de divulguer la nature et la substance d'un changement important — Interdiction des opérations d'initiés — Série d'opérations qui auraient été effectuées en contravention de l'obligation de divulgation — Les opérations violent-elles l'obligation de divulgation ou l'interdiction des opérations d'initiés.

Schmidt c. Air Products Canada Ltd. 611

Pensions — Fiducies — Contrats — Caisse de retraite — Surplus — Droit au surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées — Régime comportant une caisse en fiducie et ne prévoyant pas la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — Second régime étant au départ un régime à cotisations déterminées, mais converti en un régime à prestations déterminées — Second régime ne faisant aucune mention de l'existence d'une fiducie et prévoyant expressément la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — L'employeur a-t-il droit au surplus? — L'employeur a-t-il droit à une période d'exonération de cotisations lorsque la caisse de retraite accuse un surplus? — Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c) — Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)b)(i), (ii), (iii), (iv).

**Syndicat de l'enseignement de Champlain,
Joseph Kadoch, Louise Elbraz and Jacob
Lahmi Appellants**

v.

**Commission scolaire régionale de
Chambly Respondent**

and

**Michel Bergevin, Jacqueline Hehlen and
Yvan Turbide Mis en cause**

and

**Commission des droits de la personne du
Québec Intervener**

INDEXED AS: COMMISSION SCOLAIRE RÉGIONALE DE
CHAMBLY v. BERGEVIN

File No.: 23188.

1994: February 1; 1994: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Civil rights — Discrimination on basis of religion —
Employment — School calendar in collective agreement
requiring Jewish teachers to work on holy day — School
board granting Jewish teachers leave of absence but
without pay — Whether school calendar had effect of
discriminating against Jewish teachers — If so, whether
school board took reasonable steps to accommodate
Jewish teachers.*

*Judicial review — Labour relations — Arbitration —
Collective agreement — School calendar requiring Jew-
ish teachers to work on holy day — School board grant-
ing Jewish teachers leave of absence but without pay —
Arbitration board concluding that school calendar had
effect of discriminating against Jewish teachers and that
school board did not take reasonable steps to accommo-*

**Syndicat de l'enseignement de Champlain,
Joseph Kadoch, Louise Elbraz et Jacob
Lahmi Appelants**

^a
c.

**Commission scolaire régionale de
Chambly Intimée**

^b
et

**Michel Bergevin, Jacqueline Hehlen et Yvan
Turbide Mis en cause**

^c
et

**Commission des droits de la personne du
Québec Intervenante**

RÉPERTORIÉ: COMMISSION SCOLAIRE RÉGIONALE DE
CHAMBLY c. BERGEVIN

^e N° du greffe: 23188.

1994: 1^{er} février; 1994: 23 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^g *Libertés publiques — Discrimination fondée sur la
religion — Emploi — Enseignants de religion juive
requis de travailler un jour de fête religieuse en raison
du calendrier scolaire prévu dans la convention collec-
tive — Enseignants de religion juive autorisés par la
commission scolaire à prendre une journée de congé
sans traitement — Le calendrier scolaire a-t-il un effet
discriminatoire sur les enseignants de religion juive? —
Dans l'affirmative, la commission scolaire a-t-elle pris
des mesures raisonnables pour s'entendre avec les
enseignants de religion juive?*

ⁱ *Contrôle judiciaire — Relations de travail — Arbi-
trage — Convention collective — Enseignants de reli-
gion juive requis de travailler un jour de fête religieuse
en raison du calendrier scolaire — Enseignants de reli-
gion juive autorisés par la commission scolaire à pren-
dre une journée de congé sans traitement — Tribunal
d'arbitrage concluant que le calendrier scolaire avait*

date them — School board ordered to pay teachers for their absence on holy day — Whether arbitration board's decision patently unreasonable.

In 1985, three Jewish teachers employed by the respondent School Board took a day off to celebrate Yom Kippur. The School Board had granted them leave of absence but without pay and the teachers' union brought a grievance seeking reimbursement for the day's pay. The school calendar, which is part of the collective agreement, fixed the teachers' work schedule. The majority of the arbitration board found that the school calendar requiring Jewish teachers to work on Yom Kippur had the effect of being discriminatory and that the School Board had failed to take reasonable steps to accommodate the Jewish teachers in the observance of their religious holy day. The majority determined that the School Board could pay the Jewish teachers for their absence on Yom Kippur pursuant to the provisions of the collective agreement and allowed the grievance. The Superior Court dismissed the School Board's application for evocation but the majority of the Court of Appeal reversed that judgment and set aside the arbitration board's award as unreasonable.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Since the Quebec *Labour Code* contains a privative clause, a decision of the arbitration board interpreting a collective agreement and acting within its jurisdiction should not be subject to judicial review unless the decision is patently unreasonable. Here, the school calendar, although neutral on its face, had the effect of adversely discriminating against Jewish teachers. As a result of their religious beliefs, they must take a day off work and, in the absence of some accommodation by their employer, must lose a day's pay to observe their holy day while the majority of their colleagues have their religious holy days recognized as holidays from work. It follows that the effect of the calendar is to discriminate against members of an identifiable group because of their religious beliefs and that the employer must take reasonable steps to accommodate the individual or group of employees adversely affected. A *de minimis* test should not apply to the evaluation of either the existence or the extent of the duty to

un effet discriminatoire sur les enseignants de religion juive et que la commission scolaire n'a pas pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec eux — Commission scolaire enjointe de payer les enseignants absents un jour de fête religieuse — La décision du tribunal d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

En 1985, trois enseignants de religion juive employés par la Commission scolaire intimée ont pris un jour de congé pour célébrer le Yom Kippour. La Commission scolaire leur a permis de prendre un jour de congé sans traitement et le syndicat des enseignants a déposé un grief en vue d'obtenir le remboursement de ce jour de salaire. Le calendrier scolaire, qui fait partie de la convention collective, établit l'horaire de travail des enseignants. Le tribunal d'arbitrage à la majorité a statué que le calendrier scolaire exigeant des enseignants de religion juive qu'ils travaillent le jour du Yom Kippour avait un effet discriminatoire, et que la Commission scolaire n'avait pas pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec ces enseignants de manière à leur permettre d'observer leur fête religieuse. Le tribunal à la majorité a conclu que la Commission scolaire pouvait, conformément aux dispositions de la convention collective, payer les enseignants de religion juive qui s'étaient absentés le jour du Yom Kippour, et il a accueilli le grief. La Cour supérieure a rejeté la requête en évocation de la Commission scolaire, mais la Cour d'appel à la majorité a infirmé ce jugement et annulé la sentence arbitrale pour le motif qu'elle était déraisonnable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Étant donné que le *Code du travail* du Québec renferme une clause privative, une décision dans laquelle le tribunal d'arbitrage interprète une convention collective et agit dans le cadre de sa compétence ne saurait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, sauf si elle est manifestement déraisonnable. En l'espèce, le calendrier scolaire, quoique neutre à première vue, avait pour effet d'établir une discrimination préjudiciable contre les enseignants de religion juive. À cause de leurs croyances religieuses, ils doivent prendre une journée de congé et, en l'absence d'accommodement de la part de leur employeur, ils doivent perdre une journée de salaire pour observer leur jour de fête religieuse, alors que la majorité de leurs collègues ont leurs jours de fête religieuse reconnus comme jours de congé. Il s'ensuit que le calendrier scolaire a pour effet de faire preuve de discrimination envers les membres d'un groupe identifiable à cause de ses croyances religieuses, et que l'employeur doit prendre

accommodate. This duty is a fundamentally important aspect of human rights legislation and an integral part of the right to equality in the workplace. In permitting the Jewish teachers to take a day off work without pay in order to celebrate Yom Kippur, the School Board has not, however, met the burden resting upon it to demonstrate that it took reasonable steps to accommodate these teachers, short of undue hardship. No evidence was presented that it would place an unreasonable financial burden upon the School Board to pay the Jewish teachers for their absence on Yom Kippur. In fact, until 1983, they had been paid for that day despite their absence. Further, the provisions of the collective agreement could reasonably be interpreted to provide for such an accommodation. The agreement specifically provided, in arts. 5-14.05 and 5-14.02, for the payment of teachers who were absent for what the parties considered to be a good or valid reason and for a number of days for a variety of reasons. On a reasonable, indeed a correct, interpretation of the collective agreement, the observance of a holy day by teachers belonging to the Jewish faith should constitute a "good reason" for their absence and should qualify them for payment of a day's wages. Finally, by incorporating the provisions of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, the collective agreement provided further support for this position by stressing that principles of equality and freedom from religious discrimination would guide the parties in their relations. The decision of the majority of the arbitration board was therefore correct and the arbitration board's award should be restored. In light of this conclusion, it is unnecessary to consider whether the decision of an arbitration board must be correct in its interpretation of the Quebec *Charter* in order to be exempt from judicial review.

Per Gonthier and L'Heureux-Dubé JJ.: An arbitrator mandated under the *Labour Code* to dispose of grievances relating to a collective agreement, whose jurisdiction is protected by a privative clause, does not exceed his jurisdiction merely because, in disposing of a grievance, he applies the law, in this case the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The application of a clear and uncontested provision of an Act, be it the Quebec *Charter*, should not be confused with its interpretation. The interpretation of an Act also differs from the

des mesures raisonnables pour s'entendre avec l'employé ou le groupe d'employés qui est lésé. Il n'y a pas lieu d'appliquer un critère «*de minimis*» pour déterminer l'existence ou l'étendue de l'obligation d'accommodement. Cette obligation est un aspect fondamentalement important des lois en matière de droits de la personne et une partie intégrante du droit à l'égalité en milieu de travail. En permettant aux enseignants de religion juive de prendre un jour de congé sans traitement pour célébrer le Yom Kippour, la Commission scolaire ne s'est cependant pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'elle a pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec ces enseignants, sans que cela ne lui cause une contrainte excessive. On n'a présenté aucune preuve que payer les enseignants de religion juive absents le jour du Yom Kippour imposerait un fardeau financier déraisonnable à la Commission scolaire. En fait, jusqu'en 1983, ces enseignants étaient rémunérés pour cette journée malgré leur absence. En outre, on pourrait raisonnablement interpréter les dispositions de la convention collective comme prescrivant une telle mesure d'accommodement. La convention collective prévoyait explicitement, à ses art. 5-14.05 et 5-14.02, la rémunération des enseignants absents pour un motif jugé valable par les parties et la rémunération de ceux qui s'absentent pendant un certain nombre de jours pour diverses raisons. Selon une interprétation raisonnable, voire exacte, de la convention collective, l'observance d'une fête religieuse par les enseignants de religion juive devrait constituer un «motif valable» d'absence et ces enseignants devraient avoir le droit d'être rémunérés pour cette journée. Enfin, du fait qu'elle incorporait les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, la convention collective renforçait cette position en faisant ressortir que les principes d'égalité et de protection contre la discrimination fondée sur la religion guideraient les relations entre les parties. La décision du tribunal d'arbitrage à la majorité est donc correcte et il y a lieu de la rétablir. Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner si le tribunal d'arbitrage doit interpréter correctement la *Charte* québécoise pour échapper au contrôle judiciaire.

Les juges Gonthier et L'Heureux-Dubé: Un arbitre chargé par le *Code du travail* de disposer des griefs relatifs à une convention collective, et dont la juridiction est protégée par une clause privative, ne commet pas d'excès de juridiction du seul fait qu'en disposant d'un grief, il applique la loi, en l'occurrence la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Il ne faut pas confondre l'application d'une disposition claire et nullement contestée d'une loi, soit-elle la *Charte* québécoise, avec son interprétation. L'interprétation d'une loi

application to a given situation of the provisions of a collective agreement, even if it incorporates guarantees of employees' fundamental rights contained in the Quebec *Charter*.

The only point which the arbitrator had to decide was whether, in the present circumstances, it was possible under the collective agreement to accommodate Jewish teachers and on what conditions, in order to comply with the anti-discrimination provisions of the Quebec *Charter*. In so doing, the arbitrator was acting within his jurisdiction, and unless his decision was so unreasonable as to be irrational a court of law has no basis for intervening. The arbitrator's decision was far from unreasonable in this case and is accordingly beyond the scope of judicial intervention. The collective agreement left sufficient room for reasonable accommodations to avoid the hardship which having to work on Yom Kippur may cause to Jewish teachers.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America,*

se distingue également de l'application à une situation donnée des dispositions d'une convention collective, même si elle incorpore des garanties quant aux droits fondamentaux des employés qui se retrouvent dans la *a* *Charte québécoise*.

Le seul débat que l'arbitre avait à trancher consistait à déterminer si, dans les présentes circonstances, la convention collective permettait un accommodement aux demandes des enseignants de religion juive et à quelles *b* conditions, afin de se conformer aux dispositions anti-discriminatoires de la *Charte québécoise*. Ce faisant, l'arbitre agissait à l'intérieur même de sa juridiction et, à moins que sa décision ne soit déraisonnable au point d'être irrationnelle, une cour de justice ne saurait intervenir. En l'espèce, la décision de l'arbitre n'était pas déraisonnable et ne donnait pas ouverture à la révision judiciaire. La convention collective laissait place à des accommodements raisonnables pour obvier aux inconvénients que pouvait causer aux enseignants de religion *c* juive le fait d'avoir à travailler le jour du Yom Kippour. *d*

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

i Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Fraternité unie des char-*

Local 579 v. Bradco Construction Ltd., [1993] 2 S.C.R. 316; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 [ad. 1982, c. 61, s. 2], 10 [am. 1980, c. 11, s. 34; am. 1982, c. 61, s. 3], 16.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 100, 100.12(a) [repl. 1983, c. 22, s. 74], 101 [am. *idem*, s. 77], 139 [repl. 1982, c. 16, s. 5; am. 1983, c. 22, s. 93; am. 1985, c. 12, s. 93], 139.1 [ad. 1982, c. 16, s. 6].

Authors Cited

Proulx, Daniel. «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême: commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford» (1990), 24 *R.J.T.* 375.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1992), 48 Q.A.C. 34, reversing a judgment of the Superior Court*, which refused to issue a writ of evocation against a decision of an arbitration tribunal. Appeal allowed.

Georges Marceau and Michel Boyer, for the appellants.

Pierre Bégin and Christian Brunelle, for the respondent.

Béatrice Vizkelety, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

* Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-003544-879, May 26, 1987 (Steinberg J.).

pentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd., [1993] 2 R.C.S. 316; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1 [aj. 1982, ch. 61, art. 2], 10 [mod. 1980, ch. 11, art. 34; mod. 1982, ch. 61, art. 3], 16.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 100, 100.12(a) [rempl. 1983, ch. 22, art. 74], 101 [mod. *idem*, art. 77], 139 [abr. 1982, ch. 16, art. 5; mod. 1983, ch. 22, art. 93; mod. 1985, ch. 12, art. 93], 139.1 [aj. 1982, ch. 16, art. 6].

Doctrine citée

Proulx, Daniel. «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême: commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford» (1990), 24 *R.J.T.* 375.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1992), 48 Q.A.C. 34, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure*, qui avait refusé la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision d'un tribunal d'arbitrage. Pourvoi accueilli.

Georges Marceau et Michel Boyer, pour les appelants.

Pierre Bégin et Christian Brunelle, pour l'intimée.

Béatrice Vizkelety, pour l'intervenante.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

* C.S. Montréal, n° 500-05-003544-879, 26 mai 1987 (le juge Steinberg).

CORY J. — Two issues are raised in this appeal. The first is whether the schedule of work for teachers, set by the respondent School Board, had the effect of discriminating against Jewish teachers. Secondly, if its effect was discriminatory, it must be determined whether the School Board as employer took appropriate steps to reasonably accommodate the Jewish teachers in the observance of their religious holy day Yom Kippur.

Factual Background

The appellants Joseph Kadoch, Louise Elbraz and Jacob Lahmi are Jewish teachers, employed by the respondent, the Commission scolaire régionale de Chambly. The appellant, the Syndicat de l'enseignement de Champlain, is the collective bargaining agent of the teachers.

In 1985, Yom Kippur, a high holy day for members of the Jewish faith, fell on September 25, a day that teachers were scheduled to work. The religious beliefs of the appellant teachers required them to abstain from working on that day. The respondent School Board took the position that it would not object to Jewish teachers taking the day off but that it would have to be without pay. This decision of the Board is significant in light of its actions in the past.

Up to 1983, the School Board had granted Jewish teachers leave with pay for Yom Kippur. This was done pursuant to a letter of agreement interpreting an article of the collective agreement which provided for paid leave of absence taken by teachers for personal reasons. In 1983, the Board granted leave of absence but without pay. Before this case arose, a number of Jewish teachers instituted grievance procedures to recover the salary lost as a result of their observance of Yom Kippur. The grievance was settled by compensating the teachers for the loss of the day's pay. However, it must be observed that this settlement was achieved in the course of negotiations which resulted in the settlement of a number of other grievances.

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi soulève deux questions. Il s'agit d'abord de déterminer si l'horaire de travail des enseignants, établi par la Commission scolaire intimée, a un effet discriminatoire sur les enseignants de religion juive. Dans l'affirmative, il nous faudra ensuite déterminer si la Commission scolaire a, en tant qu'employeur, pris des mesures appropriées pour s'entendre raisonnablement avec les enseignants de religion juive de manière à leur permettre d'observer leur fête religieuse du Yom Kippour.

Le contexte factuel

Les appelants, Joseph Kadoch, Louise Elbraz et Jacob Lahmi sont des enseignants de religion juive employés par l'intimée, la Commission scolaire régionale de Chambly. L'appelant, le Syndicat de l'enseignement de Champlain, est l'agent négociateur des enseignants.

En 1985, le Yom Kippour, une fête importante pour les membres de la religion juive, était célébré le 25 septembre, jour de travail pour les enseignants. À cause de leurs croyances religieuses, les enseignants appelants devaient s'abstenir de travailler ce jour-là. La Commission scolaire intimée a accepté que les enseignants de religion juive prennent une journée de congé, mais sans traitement. Cette décision de la Commission est importante compte tenu de sa façon d'agir dans le passé.

Jusqu'en 1983, la Commission scolaire avait accordé aux enseignants de religion juive un congé avec traitement pour le Yom Kippour. Elle se fondait à cette fin sur une lettre d'entente qui interprétait un article de la convention collective portant sur la rémunération d'un employé absent pour des raisons personnelles. En 1983, la Commission a décidé d'accorder le congé en question, mais sans traitement. Avant le présent litige, un certain nombre d'enseignants de religion juive avaient déposé un grief en vue de recouvrer le montant de salaire perdu en raison de leur observance du Yom Kippour. Les enseignants ont eu gain de cause. Cependant, il faut préciser que le règlement du différend est survenu dans le cadre de négociations qui ont abouti au règlement d'un certain nombre d'autres griefs.

In December of 1985, the appellant union brought grievance proceedings seeking reimbursement for the day's pay deducted by the School Board from the Jewish teachers who were absent on Yom Kippur that year.

En décembre 1985, le syndicat appelant a déposé un grief en vue d'obtenir le remboursement du montant que la Commission scolaire avait déduit du salaire des enseignants de religion juive qui, cette année-là, s'étaient absentés le jour du Yom Kippour.

Decisions Below

Les juridictions inférieures

Arbitration Board

Tribunal d'arbitrage

The majority of the arbitration board carefully considered the facts presented to them. They determined that the principles enunciated in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, were applicable. They found that the School Board's work schedule requiring Jewish teachers to work on the days fixed in the schedule, which included Yom Kippur, had the effect of being discriminatory. As a result, they held that the evidence established a *prima facie* case of discrimination.

Le tribunal d'arbitrage à la majorité a examiné attentivement les faits qui lui étaient soumis. Il a conclu que les principes formulés dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, étaient applicables. Il a statué que l'horaire de travail de la Commission scolaire exigeant des enseignants de religion juive qu'ils travaillent les jours fixés dans cet horaire, y compris le jour du Yom Kippour, avait un effet discriminatoire. Il a donc conclu qu'il existait une preuve *prima facie* de discrimination.

They then went on to find that, contrary to the principles set out in *O'Malley, supra*, at pp. 558-59, the employer had failed to take "such reasonable steps toward accommodation of the employee[s]' position as are open to him without undue hardship". The majority determined that the respondent could pay the Jewish teachers for their absence on Yom Kippur pursuant to the provisions of the collective bargaining agreement.

Le tribunal a ensuite décidé que, contrairement aux principes énoncés dans l'arrêt *O'Malley*, précité, à la p. 559, l'employeur n'avait pas «pris, en vue de s'entendre avec [les] employé[s], les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive». Le tribunal à la majorité a conclu que l'intimée pouvait, conformément aux dispositions de la convention collective, payer les enseignants de religion juive qui s'étaient absentés le jour du Yom Kippour.

Superior Court of Quebec

Cour supérieure du Québec

Steinberg J. concluded that the arbitrators had neither abused their power nor failed to observe the applicable law. He found that the arbitral award of the majority was not unreasonable and therefore rejected the application for evocation.

Le juge Steinberg a décidé que les arbitres n'avaient ni abusé de leur pouvoir ni omis d'observer le droit applicable. Il a conclu que la sentence arbitrale majoritaire n'était pas déraisonnable et a donc rejeté la requête en évocation.

Court of Appeal (1992), 48 Q.A.C. 34*Cour d'appel* (1992), 48 Q.A.C. 34The Majority

The majority found that the award of the arbitration board must be set aside as unreasonable. That conclusion was founded on three bases. First it was noted that the school calendar was secular and reflected the reality of our society. Thus, the very basis for the arbitration board's decision that the school calendar was religious was manifestly unreasonable. Secondly, it was held that the arbitral award created reverse discrimination by allowing the appellant teachers to receive their full salary for 199 days of work while the other teachers had to work 200 days to earn their full pay. Lastly, it was noted that if the School Board were forced to apply the logic of the arbitration board to Muslim teachers who celebrate their religion on Fridays, and on the days immediately preceding and following the month of Ramadan, the School Board would be placed in an impossible position. In the view of the majority then, the arbitral award was clearly unreasonable and the appeal was allowed. Since there was no discrimination in the opinion of the majority, there was no need for them to consider whether the employer had made a reasonable accommodation to the employees.

The Minority

In her dissent Rousseau-Houle J.A. determined that the majority decision of the arbitration board was neither in error nor unreasonable. She concluded that there was evidence upon which the board could base its conclusion that there had been adverse effect discrimination and that the School Board had failed to take reasonable steps to accommodate the Jewish teachers.

La majorité

a

La Cour d'appel à la majorité a conclu pour trois motifs que la sentence arbitrale devait être annulée parce qu'elle était déraisonnable. En premier lieu, la cour a fait remarquer que le calendrier scolaire était de nature civile et reflétait la réalité de notre société. Ainsi, le fondement même de la décision du tribunal d'arbitrage que le calendrier scolaire était de caractère religieux, était manifestement déraisonnable. En deuxième lieu, la cour a conclu que la sentence arbitrale avait pour effet de créer une discrimination à rebours en permettant aux enseignants appelants de toucher leur plein salaire pour une prestation de travail de 199 jours, alors que les autres enseignants devaient travailler pendant 200 jours pour recevoir le même salaire. Enfin, la cour a souligné que la Commission scolaire serait dans une situation impossible si elle devait appliquer le raisonnement du tribunal d'arbitrage aux enseignants musulmans qui doivent s'absenter pour pratiquer leur religion le vendredi ainsi que les journées précédant et suivant immédiatement le mois du Ramadan. La Cour d'appel à la majorité était donc d'avis que la sentence arbitrale était clairement déraisonnable et elle a accueilli l'appel. Puisqu'elle était d'avis qu'il n'y avait pas de discrimination, la Cour d'appel à la majorité n'avait pas à examiner si l'employeur s'était entendu raisonnablement avec les employés.

La dissidence

h

Dans son opinion dissidente, la juge Rousseau-Houle a conclu que la décision majoritaire du tribunal d'arbitrage n'était ni erronée ni déraisonnable. Elle a conclu qu'il existait des éléments de preuve qui permettaient au tribunal d'arbitrage de conclure qu'il y avait eu discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que la Commission scolaire n'avait pas pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec les enseignants de religion juive.

Relevant Legislative and Contractual Provisions*A. Text of Relevant Provisions of the Collective Bargaining Agreement*

Provisions constituting collective agreements binding on each of the school boards for Catholics contemplated by chapter 0-7.1 of the Revised Statutes of Quebec on the one hand and, on the other hand, each of the accredited associations which on November 29, 1982 negotiated through the Centrale de l'enseignement du Québec on behalf of teachers employed by those school boards (the *Act respecting Management and Union Party Organization in Collective Bargaining in the Sectors of Education, Social Affairs and Government Agencies*, R.S.Q., c. 0-7.1).

[TRANSLATION]

5-14.00 SPECIAL LEAVE

5-14.01 Incumbent teachers shall be entitled to certain special leave without loss of salary, supplementary pay or regional disparity bonuses. The duration of such leave and the events which will trigger a right thereto are those specified in clause 5-14.02.

5-14.02 (a) in the event of the death of a spouse, child or the child of a spouse living under the same roof: seven (7) consecutive calendar days including the day of the funeral;

(b) in the event of the death of a father, mother, brother or sister: five (5) consecutive calendar days including the day of the funeral;

(c) in the event of the death of parents-in-law, a grandfather, grandmother, brother-in-law, sister-in-law, son-in-law, daughter-in-law, grandson or granddaughter: three (3) consecutive calendar days including the day of the funeral;

(d) the wedding of a father, mother, brother, sister or child: the day of the wedding;

(e) a change of residence other than that specified in article 5-3.00: the day of the move; however, a teacher shall not be entitled on this account to more than one (1) day's leave per year;

Les dispositions législatives et contractuelles pertinentes*A. Les dispositions pertinentes de la convention collective*

Dispositions constituant des conventions collectives liant d'une part, chacune des commissions scolaires pour catholiques visées par le chapitre 0-7.1 des lois refondues du Québec et d'autre part, chacune des associations accréditées qui, le 29 novembre 1982, négociait par l'entremise de la Centrale de l'enseignement du Québec pour le compte d'enseignants à l'emploi de ces commissions scolaires (la *Loi sur l'organisation des parties patronale et syndicale aux fins des négociations collectives dans les secteurs de l'éducation, des affaires sociales et des organismes gouvernementaux*, L.R.Q., ch. 0-7.1)

5-14.00 CONGÉS SPÉCIAUX

5-14.01 L'enseignant en service a droit à certains congés spéciaux sans perte de traitement, de supplément ou de primes pour disparités régionales. La durée de ces congés de même que les événements y donnant droit sont ceux prévus à la clause 5-14.02.

5-14.02 a) en cas de décès de son conjoint, de son enfant ou de l'enfant de son conjoint habitant sous le même toit: sept (7) jours consécutifs ouvrables ou non incluant le jour des funérailles;

b) en cas de décès de son père, de sa mère, de son frère ou de sa sœur: cinq (5) jours consécutifs ouvrables ou non incluant le jour des funérailles;

c) en cas de décès de ses beaux-parents, de son grand-père, de sa grand-mère, de son beau-frère, de sa belle-sœur, de son gendre, de sa bru, de son petit-fils, de sa petite-fille: trois (3) jours consécutifs ouvrables ou non incluant le jour des funérailles;

d) le mariage de son père, de sa mère, de son frère, de sa sœur, de son enfant: le jour du mariage;

e) le changement de domicile autre que celui prévu à l'article 5-3.00: le jour du déménagement; cependant, un enseignant n'a pas droit, de ce chef, à plus d'un (1) jour de congé par année;

(f) the teacher's wedding: a maximum of seven (7) consecutive calendar days, including the day of the wedding;

(g) an annual maximum of three (3) working days to cover: any other event of *force majeure* (disaster, fire, flood and so on) requiring a teacher to be absent from work; any other reason requiring the teacher to be absent from work and as to which the board and the union agree to grant permission for absence without loss of salary, supplementary pay or regional disparity bonuses.

5-14.05 The board may also allow a teacher to be absent without loss of salary, supplementary pay or regional disparity bonuses for any other reason not provided for in this article which it considers to be valid.

6-8.03 The board shall deduct 1/200 per working day . . . from the applicable annual salary and from the applicable supplementary pay and regional disparity bonuses, if any, of the teacher in the following cases:

(a) authorized absences without pay for a period of less than one working year;

(b) absences which are unauthorized or used for purposes other than those authorized.

10-4.02 The board and the union recognize that every teacher is entitled to the full exercise of the rights and freedoms as affirmed in the Charter of Human Rights and Freedoms (R.S.Q., c. C-12).

The board expressly agrees that its actions, attitudes and decisions shall provide for the full exercise by every teacher of such human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference which may constitute discrimination within the meaning of the Charter mentioned in the preceding paragraph.

Letter of November 10, 1980 (this agreement was in force until 1983)

[TRANSLATION]

LOCAL ARRANGEMENT PURSUANT TO CLAUSE 5-14.02 PARAGRAPH G

Pursuant to paragraph 5-14.02(g), the board and the union agree to grant leave of absence on the grounds and for the number of days indicated below:

f) le mariage de l'enseignant: un maximum de sept (7) jours consécutifs ouvrables ou non, y compris celui du mariage;

g) un maximum annuel de trois (3) jours ouvrables pour couvrir: tout autre événement de force majeure (désastre, feu, inondation, etc.) qui oblige un enseignant à s'absenter de son travail; toute autre raison qui oblige l'enseignant à s'absenter de son travail et sur laquelle la commission et le syndicat conviennent d'accorder permission d'absence sans perte de traitement, de supplément ou de primes pour disparités régionales.

5-14.05 La commission peut aussi permettre à un enseignant de s'absenter sans perte de traitement, de supplément ou de primes pour disparités régionales pour tout autre motif non prévu au présent article et qu'elle juge valable.

6-8.03 La commission déduit 1/200 par jour de travail [. . .] du traitement annuel applicable, de même que des suppléments et primes pour disparités régionales applicables, s'il y a lieu, de l'enseignant dans les cas suivants:

a) absences autorisées sans traitement pour une durée inférieure à une année de travail;

b) absences non autorisées ou utilisées à des fins autres que celles autorisées.

10-4.02 La commission et le syndicat reconnaissent que tout enseignant a droit à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés tels qu'affirmés dans la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., chapitre C-12).

La commission convient expressément de respecter, dans ses gestes, attitudes et décisions, l'exercice par tout enseignant, en pleine égalité, de ces droits et libertés de la personne, sans distinction exclusion ou préférence pouvant constituer une discrimination au sens de la Charte mentionnée au paragraphe précédent.

Lettre du 10 novembre 1980 (entente en vigueur jusqu'en 1983)

ARRANGEMENT LOCAL EN VERTU DE LA CLAUSE 5-14.02 ALINÉA G

Dans le cadre du paragraphe 5-14.02 g) la commission et le syndicat conviennent d'accorder permission d'absence pour les motifs et le nombre de jours indiqués ci-dessous:

- (1) the teacher may be absent by using the three (3) aforementioned days, if he still has any, to care urgently (serious illness or accident duly certified by a medical certificate) for a person in his immediate family;
- (2) the teacher may be absent by using one (1) of the three (3) days mentioned in paragraph 5-14.02(g) for personal reasons if he still has any of them, and if he provides proof of the need to be absent.

Commission scolaire régionale de Chambly (signatures)

Syndicat des Enseignants de Champlain (signatures)

80-11-10

Agreement of June 11, 1984 (this is an agreement made pursuant to art. 5-14.02(g))

[TRANSLATION]

RE: SPECIAL LEAVE: CLAUSE 5-14.02(g)

Pursuant to clause 5-14.02 paragraph (g) of the provisions constituting the 1983-85 collective agreements, the Board and the Union agree to grant leave of absence to any teacher without loss of salary, supplementary pay or regional disparity bonuses for the events and the length of time indicated below:

- 1 - A teacher may be absent by using the three working days mentioned in paragraph (g) of clause 5-14.02, if he still has any of them, to care urgently (serious illness or accident certified by a medical certificate) for a person in his immediate family.
- 2 - A teacher who is unable to report for work for a reason beyond his control such as:
- being the victim of an automobile accident: one half-day, namely that on which the event occurs, for a maximum of one day;
 - attending at a court of law in a case in which he is a party: the time required, for a maximum of one day;
 - a heating system breakdown requiring urgent repair and endangering occupants of the residence: one half-day, namely that on which the event occurs, for a maximum of one day.

Days so used shall be deducted from the three working days provided for in paragraph (g) of clause 5-14.02.

- 1) l'enseignant peut s'absenter en utilisant les trois (3) journées susmentionnées, s'il lui en reste pour s'occuper de façon urgente (maladie grave ou accident dûment attesté par un certificat médical) d'une personne de la famille immédiate;

- 2) l'enseignant peut s'absenter en utilisant une (1) journée des trois (3) journées indiquées au paragraphe 5-14.02 g) pour raison personnelle s'il lui en reste et s'il fournit la preuve de l'obligation de s'absenter.

La Commission scolaire régionale de Chambly (signatures)

Le Syndicat des Enseignants de Champlain (signatures)

80-11-10

Entente du 11 juin 1984 (conclue conformément à l'al. 5-14.02 g))

OBJET: CONGÉS SPÉCIAUX: CLAUSE 5-14.02 g)

Conformément à la clause 5-14.02 alinéa g) des dispositions constituant des conventions collectives 1983-1985, la Commission et le Syndicat conviennent d'accorder permission d'absence à l'enseignant sans perte de traitement, de supplément ou de primes pour disparités régionales pour les événements et la durée indiquée ci-dessous:

- 1 - L'enseignant peut s'absenter en utilisant les trois jours ouvrables mentionnés à l'alinéa g) de la clause 5-14.02, s'il lui en reste, pour s'occuper de façon urgente (maladie ou accident grave attesté par un certificat médical) d'une personne de la famille immédiate.
- 2 - L'enseignant qui est dans l'impossibilité de se présenter à son travail pour une raison hors de son contrôle telle que:
- accident d'auto dont il est victime; une demi-journée soit celle de l'événement et ce, pour un maximum d'une journée;
 - présence en une cour de justice dans une cause où il est partie; le temps requis et ce, pour un maximum d'une journée;
 - bris du système de chauffage exigeant une réparation d'urgence et mettant en danger les occupants du domicile; une demi-journée soit celle de l'événement et ce, pour un maximum d'une journée.

Les jours ainsi utilisés sont déduits des trois jours ouvrables prévus à l'alinéa g) de la clause 5-14.02. Tou-

However, a maximum of one day per year may be used for all the events mentioned in paragraph 2a, b and c.

For any of these events the teacher shall provide the Board with proof of the need to be absent.

B. Legislation

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27

100. Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it; otherwise it shall be referred to an arbitrator

tefois, pour l'ensemble des événements indiqués à l'alinéa 2a, b et c, il peut être utilisé au maximum un jour par année.

a Pour l'un ou l'autre des événements, l'enseignant doit fournir à la Commission la preuve de l'obligation de s'absenter.

B. Les dispositions législatives

b *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27

100. Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite; sinon il est déféré à un arbitre choisi par

chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister.

l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre.

100.12. In the exercise of his duties the arbitrator may

(a) interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance;

101. The arbitration award is without appeal, binds the parties and, where such is the case, any employee concerned. Section 19.1 applies to the arbitration award, *mutatis mutandis*.

139. Except on a question of jurisdiction, no extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 850 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) shall be exercised and no injunction granted against an arbitrator, the Conseil des services essentiels, a certification agent, a labour commissioner or the Court acting in their official capacities.

139.1. Except on a question of jurisdiction, article 33 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25) does not apply to any person, body or agency mentioned in section 139 acting in their official capacities.

Analysis

It can be seen that the *Labour Code* contains a privative clause. It follows that a decision of the arbitration board interpreting a collective agreement and acting within its jurisdiction should not be subject to judicial review unless its decision is patently unreasonable. (See *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 ("PSAC No. 2"), at pp. 955 et seq.; see also *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; and *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412.) A decision should not be considered to be patently unreasonable unless it is "clearly irrational". (See *PSAC No. 2*, at pp. 963-64.) Those are the general principles that should guide a court in its consideration of the decision of the arbitration board rendered in this case. With that said, I should add that there is a further question raised on this appeal; that is whether the arbitration board in interpreting

100.12. Dans l'exercice de ses fonctions l'arbitre peut:

a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief;

101. La sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné. L'article 19.1 s'applique à la sentence arbitrale, *mutatis mutandis*.

139. Sauf sur une question de compétence, aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 850 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre un arbitre le Conseil des services essentiels, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal agissant en leur qualité officielle.

139.1. Sauf sur une question de compétence, l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ne s'applique pas aux personnes ni aux organismes visés à l'article 139 agissant en leur qualité officielle.

Analyse

Comme on peut le constater, le *Code du travail* renferme une clause privative. Il s'ensuit qu'une décision dans laquelle le tribunal d'arbitrage interprète une convention collective et agit dans le cadre de sa compétence ne saurait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, sauf si elle est manifestement déraisonnable. (Voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 («arrêt AFPC n° 2»), aux pp. 955 et suiv.; voir aussi les arrêts *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412.) Une décision ne devrait être considérée comme manifestement déraisonnable que si elle est «clairement irrationnelle». (Voir l'arrêt *AFPC n° 2*, aux pp. 963 et 964.) Ce sont là les principes généraux qui devraient guider une cour dans son examen de la décision rendue en l'espèce

the provisions of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* incorporated by the parties in the collective agreement must be correct. In this case, that question need not be answered since, in my view, the arbitration board was correct in its application of the Quebec *Charter*.

Was There Discrimination?

First it must be determined whether the calendar which fixed the teachers' work schedule and formed part of the collective bargaining agreement had the effect of discriminating against Jewish teachers.

It has been held by this Court that to demonstrate that there has been discrimination, a plaintiff must establish that the following three elements exist:

- (1) that there is a "distinction, exclusion or preference";
- (2) that the "distinction, exclusion or preference" is based on one of the grounds listed in the first paragraph of s. 10 of the Quebec *Charter*; and
- (3) that the "distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing" the "right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom".

See *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 98; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 783-84; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 817; and generally *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

Further, it is clear from *O'Malley, supra*, that discrimination can result from the effects of an otherwise neutral rule. Indirect discrimination or

par le tribunal d'arbitrage. Ceci dit, je tiens à ajouter que le présent pourvoi soulève une autre question, celle de savoir si l'interprétation que le tribunal d'arbitrage donne des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, que les parties ont incorporées dans la convention collective, doit être exacte. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question puisque, selon moi, le tribunal d'arbitrage a appliqué correctement la *Charte* québécoise.

Y a-t-il eu discrimination?

Premièrement, il faut déterminer si le calendrier qui fixait l'horaire de travail des enseignants et qui faisait partie de la convention collective a eu un effet discriminatoire sur les enseignants de religion juive.

Notre Cour a conclu qu'un demandeur doit établir l'existence des trois éléments suivants pour qu'il y ait discrimination:

- (1) qu'il existe une «distinction, exclusion ou préférence»,
- (2) que cette «distinction, exclusion ou préférence» est fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10 de la *Charte* québécoise, et
- (3) que la «distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre» le «droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne».

Voir les arrêts *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, à la p. 98; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 783 et 784; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 817, et, de façon générale, l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

De plus, il ressort clairement de l'arrêt *O'Malley*, précité, qu'une discrimination peut résulter des effets d'une règle par ailleurs neutre. Voici com-

discrimination by adverse effect was defined in this way in the *O'Malley* case at p. 551:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

This concept of discrimination was later applied in the context of provincial human rights legislation in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; and *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this same concept of adverse effect discrimination was applied in the context of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Does this same principle of adverse effect discrimination come within the purview of the Que-

ment l'arrêt *O'Malley* définit, à la p. 551, la discrimination indirecte ou discrimination par suite d'un effet préjudiciable:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». [. . .] D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

Ce concept de discrimination a par la suite été appliqué dans le contexte d'une loi provinciale en matière de droits de la personne, dans les arrêts *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, et *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, ce même concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été appliqué dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ce principe de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est-il visé par la *Charte québé-*

bec *Charter*? I think it clearly does. It will be remembered that the second paragraph of s. 10 of the Quebec *Charter* provides:

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right. [Emphasis added.]

These words confirm the applicability of the principle. Further, this same conclusion can be inferred from the reasons of this Court in the cases of *Forget*, *Devine* and *Ford*. Daniel Proulx makes this observation in his article entitled "La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême: commentaire des arrêts *Forget*, *Devine* et *Ford*" (1990), 24 *R.J.T.* 375, at pp. 383-85. In each of these cases the Court considered whether rules which were apparently neutral were discriminatory in their effect. (See *Forget*, at pp. 101-3; *Ford*, at pp. 785-86; and *Devine*, at p. 817.)

Application of the Principles to the Facts of this Case

Let us see how these principles can be applied to the situation presented in this appeal. Here the schedule of work is based upon the Catholic calendar of holidays. Nonetheless, I think the calendar should be taken to be secular in nature and thus neutral or non-discriminatory on its face. It will be remembered that the majority of the Court of Appeal determined that since the calendar did not have any religious aims, it was not discriminatory. With respect, I think this was an erroneous conclusion. It is true that this approach can properly serve to determine that there has been no direct discrimination. However, the analysis cannot stop there. Consideration must still be given to the effect of the calendar in order to determine if there is indirect or adverse effect discrimination.

In my view, the calendar which sets out the work schedule, one of the most important conditions of employment, is discriminatory in its effect. Teachers who belong to most of the Christian religions do not have to take any days off for religious purposes, since the Christian holy days of Christmas and Good Friday are specifically provided for

coise? À mon avis, il l'est clairement. On se souviendra que le second alinéa de l'art. 10 de la *Charte* québécoise prévoit:

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. [Je souligne.]

Ces termes confirment l'applicabilité du principe. De plus, on peut tirer la même conclusion des motifs de notre Cour dans les arrêts *Forget*, *Devine* et *Ford*. Daniel Proulx fait cette observation dans son article intitulé «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême: commentaire des arrêts *Forget*, *Devine* et *Ford*» (1990), 24 *R.J.T.* 375, aux pp. 383 à 385. Dans chacun de ces arrêts, notre Cour a examiné si des règles apparemment neutres avaient un effet discriminatoire. (Voir *Forget*, aux pp. 101 à 103; *Ford*, aux pp. 785 et 786, et *Devine*, à la p. 817.)

Application des principes aux faits de la présente affaire

Examinons maintenant comment ces principes peuvent s'appliquer à la situation qui nous intéresse. En l'espèce, l'horaire de travail est établi en fonction du calendrier des fêtes religieuses catholiques. Néanmoins, je suis d'avis que ce calendrier de travail devrait être considéré comme étant de nature civile et donc neutre ou non discriminatoire à première vue. On se rappellera que la Cour d'appel à la majorité a conclu que le calendrier n'était pas discriminatoire puisqu'il ne visait aucun objectif religieux. En toute déférence, j'estime qu'il s'agit là d'une conclusion erronée. Il est vrai que cette façon de procéder peut à bon droit servir à déterminer qu'il n'y a pas eu de discrimination directe. Toutefois, l'analyse doit aller plus loin. Il reste encore à examiner l'effet du calendrier pour déterminer s'il y a discrimination indirecte ou discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

À mon avis, le calendrier qui fixe l'horaire de travail, l'une des plus importantes conditions d'emploi, a un effet discriminatoire. En effet, les enseignants adeptes de la plupart des religions chrétiennes n'ont pas à prendre de journées de congé à des fins religieuses puisque le calendrier scolaire prévoit déjà les jours de fête chrétienne de

in the calendar. Yet, members of the Jewish religion must take a day off work in order to celebrate Yom Kippur. It thus inevitably follows that the effect of the calendar is different for Jewish teachers. They, as a result of their religious beliefs, must take a day off work while the majority of their colleagues have their religious holy days recognized as holidays from work. In the absence of some accommodation by their employer the Jewish teachers must lose a day's pay to observe their holy day. It follows that the effect of the calendar is to discriminate against members of an identifiable group because of their religious beliefs. The calendar or work schedule is thus discriminatory in its effect.

Adverse effect discrimination can occur quite innocently in situations where an employer adopts a rule, a standard or a procedure, which although neutral on its face, and equally applicable to all employees, is nevertheless discriminatory in its effect upon an individual or a group of employees because of some characteristic of that group such as their religion. When adverse effect discrimination occurs, it can, just as surely as direct discrimination, confront employees with harsh conflicts between employment and religious beliefs and just as surely it will infringe human rights legislation. When it arises, the employer must take reasonable steps to accommodate the individual or group of employees adversely affected. See, for example, *O'Malley, supra*, at p. 551.

The Position of the School Board

The respondent employer argued that the adverse effect was so minimal that it did not constitute discrimination. Further it was contended that even if it was conceded that the calendar or work schedule had the effect of adversely discriminating against Jewish teachers, the effect was so

Noël et du Vendredi saint. Cependant, les adeptes de la religion juive doivent prendre une journée de congé pour célébrer le Yom Kippour. Il s'ensuit inévitablement que le calendrier a un effet différent sur les enseignants de religion juive. À cause de leurs croyances religieuses, ces enseignants doivent prendre une journée de congé, alors que la majorité de leurs collègues ont leurs jours de fête religieuse reconnus comme jours de congé. En l'absence d'accommodement de la part de leur employeur, les enseignants de religion juive doivent perdre une journée de salaire pour observer leur jour de fête. Il s'ensuit que le calendrier scolaire a pour effet de faire preuve de discrimination envers les membres d'un groupe identifiable à cause de ses croyances religieuses. Le calendrier ou l'horaire de travail a donc un effet discriminatoire.

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut survenir tout à fait involontairement dans les cas où un employeur adopte une règle, une norme ou une procédure qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a néanmoins un effet discriminatoire sur un employé ou un groupe d'employés en raison d'une caractéristique quelconque de cet employé ou de ce groupe d'employés, comme, par exemple, leur religion. Lorsqu'il y a une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, tout comme dans le cas de discrimination directe, un employé peut se trouver déchiré entre son emploi et ses croyances religieuses, et une telle discrimination contrevient tout autant aux lois en matière de droits de la personne. Le cas échéant, l'employeur doit prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec l'employé ou le groupe d'employés qui est lésé. Voir, par exemple, l'arrêt *O'Malley*, précité, à la p. 551.

La position de la Commission scolaire

L'employeur intimé a soutenu que l'effet préjudiciable est si minime qu'il n'y a pas discrimination. Il a fait valoir, en outre, que même si on reconnaissait que le calendrier ou l'horaire de travail a pour effet d'établir une discrimination préjudiciable contre les enseignants de religion juive,

minimal that no accommodation was necessary. I cannot agree with those contentions.

The vast majority of teachers like most salaried employees budget for and expect to receive their entire salary. The loss of a day's pay amounting to 1/200th of the year's salary cannot be considered to be insignificant. If a condition of work existed which denied all Asian teachers one day's pay, it would amount to direct discrimination. It would continue to be discriminatory whether it applied to one day's pay or ten. The loss of one day's pay resulting from direct discrimination would not be tolerated. This conforms to one of the aims of human rights legislation which is to secure, as far as is reasonably possible, equality, that is to say, fairness in the work place. Clearly direct discrimination resulting in the loss of a day's pay would be intolerable and would fly in the face of human rights legislation. Similarly adverse effect discrimination resulting in the same loss cannot be tolerated unless the employer takes reasonable steps to accommodate the affected employees, a question that will be addressed later.

With regard to accommodation it must be remembered that the entire annual salary of the teachers in this case was based upon 200 working days. It is of course impossible for Jewish teachers to make up for a lost day by working for example, on Saturday, Sunday, Christmas or Easter. A teacher can only teach when the school is open and the pupils are in attendance. If five days or a week's work was missed, there is no doubt that it would constitute a significant loss to the teacher. There is no difference in principle in the loss of one day's pay. Family budgets and financial commitments are based upon the total annual salary. The loss of a whole day's pay when that cannot be

cet effet est si minime qu'aucune mesure d'accommodement n'est nécessaire. Je ne saurais retenir ces arguments.

La vaste majorité des enseignants, à l'instar de la plupart des employés salariés, établissent leur budget en fonction du plein salaire qu'ils s'attendent à toucher. La perte d'une journée de salaire correspondant à 1/200^e du salaire annuel ne saurait être considérée comme négligeable. Si une condition de travail privait tous les enseignants asiatiques d'une journée de salaire, cela constituerait de la discrimination directe. Une telle condition continuerait d'être discriminatoire, peu importe qu'elle porte sur une seule journée ou sur dix. La perte d'une journée de salaire résultant d'une mesure de discrimination directe ne serait pas tolérée. Ce point de vue est conforme à l'un des objectifs des lois en matière de droits de la personne, qui est de garantir, dans la mesure du possible, l'égalité, c'est-à-dire l'équité en milieu de travail. De toute évidence, une mesure de discrimination directe entraînant la perte d'une journée de salaire serait intolérable et contraire aux lois en matière de droits de la personne. De même, on ne saurait tolérer la discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui entraîne la même perte, sauf si l'employeur prend des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés touchés, une question qui sera abordée plus loin.

En ce qui concerne l'accommodement, il faut se rappeler que le salaire annuel total des enseignants est fondé en l'espèce sur une prestation de travail de 200 jours. De toute évidence, les enseignants de religion juive ne peuvent rattraper une journée perdue en travaillant, par exemple, le samedi, le dimanche, à Noël ou à Pâques. Un enseignant ne peut enseigner que lorsque l'école est ouverte et que les élèves s'y trouvent. Si l'enseignant devait s'absenter pendant cinq jours ou une semaine de travail, il subirait sans doute une perte considérable. Il n'y a pas de différence en principe pour ce qui est de la perte d'une journée de salaire. Le budget familial et les engagements financiers sont fondés sur le salaire annuel total. La perte irrémédiable d'une journée entière de salaire est d'une

made up, is of very real significance to teachers and their families.

Further, the idea that because the effect of the discrimination is not great no steps need be taken in order to make a reasonable accommodation is unacceptable. The whole aim and purpose of human rights legislation is to prevent discrimination. If there can be discrimination without any consequences, then the very purpose of the legislation is defeated. The recognition of the purpose and goal of the legislation is, in itself sufficient to deal with such a position. Further, I would observe that in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, *supra*, Sopinka J. carefully considered the serious consequences of adverse effect discrimination. He pointed out that even in situations where there is a *bona fide* occupational requirement established there is a duty resting upon an employer to take reasonable steps to accommodate, in order to avoid the consequences of adverse effect discrimination. He dismissed the contention that a *de minimis* test should be applied in considering what constitutes undue hardship in these words (at p. 983):

Furthermore there is good reason not to adopt the "*de minimis*" test in Canada. *Hardison* was argued on the basis of the establishment clause of the First Amendment of the U.S. Constitution and its prohibition against the establishment of religion. This aspect of the *Hardison* decision was thus decided within an entirely different legal context. The case law of this Court has approached the issue of accommodation in a more purposive manner, attempting to provide equal access to the workforce to people who would otherwise encounter serious barriers to entry. The approach of Canadian courts is thus quite different from the approach taken in U.S. cases such as *Hardison* and more recently *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986).

In my view, a *de minimis* test should not apply to the evaluation of either the existence or the extent of the duty to accommodate. There can therefore be no doubt that the adverse effect discrimination in this case was very real and significant in its consequences for the Jewish teachers. It follows that a duty rested upon the School Board

très grande importance pour les enseignants et leur famille.

On ne saurait non plus accepter l'idée qu'il n'est pas nécessaire de prendre des mesures d'accommodement raisonnables si l'effet de la discrimination est minime. L'objet même des lois en matière de droits de la personne est d'empêcher la discrimination. S'il peut y avoir discrimination sans conséquence, c'est l'objet même de la loi qui se trouve contrecarré. Il suffit de reconnaître l'objet des lois en question pour répondre à cet argument. Par ailleurs, je ferais remarquer que, dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, précité, le juge Sopinka a examiné soigneusement les graves conséquences de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il a fait remarquer que, même dans le cas où on établit l'existence d'une exigence professionnelle normale, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables d'accommodement, afin d'éviter les conséquences de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment, à la p. 983, il rejette l'argument voulant qu'il y ait lieu d'appliquer un critère «*de minimis*» en examinant ce qui constitue une contrainte excessive:

En outre, il existe une bonne raison de ne pas adopter le critère «*de minimis*» au Canada. L'affaire *Hardison* a été plaidée en fonction de la clause d'établissement du Premier amendement de la Constitution américaine qui interdit l'établissement d'une religion. Cet aspect de l'arrêt *Hardison* a donc été tranché dans un contexte juridique complètement différent. La jurisprudence de notre Cour a abordé la question de l'accommodement d'une manière plus fondée sur l'objet visé et a tenté de fournir un accès égal au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés. Le point de vue des tribunaux canadiens est donc tout à fait différent de l'approche adoptée dans les arrêts américains tels que *Hardison* et, plus récemment, *Ansonia Board of Education c. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986).

À mon avis, il n'y a pas lieu d'appliquer un critère «*de minimis*» pour déterminer l'existence ou l'étendue de l'obligation d'accommodement. En conséquence, il ne peut y avoir de doute que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable a eu, en l'espèce, des conséquences fort réelles et importantes pour les enseignants de religion juive.

to take reasonable steps to accommodate those teachers.

Reasonable Accommodation and the Basis for Such a Requirement

It may be appropriate to begin with a question. Why should there be reasonable accommodation in those situations where there exist apparently neutral employment rules, standards or procedures which nonetheless adversely affect an identifiable individual or group of employees?

The response to that question must flow from the very aim and purpose of human rights legislation. Those enactments seek, to the extent that it is reasonable, to provide equity or fairness in the workplace to persons of all religions, races and nationalities. To the vast majority of Canadians their work and place of work are matters of fundamental importance. Fairness in the workplace is the desire of all. It is a magnificent goal that is worth striving to attain. Once it has been established that there is adverse effect discrimination flowing from employment rules, procedures or standards then there must be a reasonable attempt on the part of the employer to accommodate the employees adversely affected. Almost invariably, those adversely affected will be members of a minority group. If there is to be true equality and fairness in the workplace without regard to religious beliefs, then it follows as the night the day that there must be a duty resting upon an employer to take reasonable steps to accommodate those employees that are adversely affected by the employment rules. This is essential if the aim of human rights legislation is to be fulfilled. Anything less defeats the purpose of such legislation and makes it a hollow enactment of little value in the workplace.

This principle is so important that McIntyre J. speaking for a unanimous Court in *O'Malley*, *supra*, indicated that a reasonable accommodation was an integral aspect of equality. It thus can be taken that the duty to accommodate is a fundamentally important aspect of human rights legislation and an integral part of the right to equality in the

La Commission scolaire avait donc l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec eux.

L'accommodement raisonnable et la raison de cette exigence

Il peut être approprié de commencer par une question: pourquoi devrait-il y avoir accommodement raisonnable dans les cas où des règles, des normes ou des procédures en matière d'emploi, apparemment neutres, lèsent néanmoins un employé ou groupe d'employés identifiable?

La réponse à cette question doit émaner de l'objet même des lois en matière de droits de la personne. Ces lois cherchent, dans la mesure où il est raisonnable de le faire, à garantir l'équité ou la justice en milieu de travail aux personnes de toutes religions, races et nationalités. Pour la vaste majorité des Canadiens, leur travail et leur lieu de travail sont des questions d'importance fondamentale. L'équité en milieu de travail est souhaitée par tous. C'est un objectif magnifique qu'il vaut la peine de s'efforcer d'atteindre. Une fois qu'il est établi que des règles, procédures ou normes en matière d'emploi sont sources de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur doit tenter raisonnablement de s'entendre avec les employés lésés qui appartiennent presque toujours à un groupe minoritaire. Pour qu'il y ait égalité et équité véritables en milieu de travail, quelles que soient les croyances religieuses des employés, il va de soi que l'employeur doit être tenu de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés lésés par les règles en matière d'emploi. Cela est essentiel à la réalisation de l'objet des lois en matière de droits de la personne. Toute mesure moindre frustre l'objet de ces lois et en fait des textes creux de peu de valeur dans le milieu de travail.

Ce principe est si important que le juge McIntyre a indiqué, au nom de notre Cour à l'unanimité, dans l'arrêt *O'Malley*, précité, qu'une mesure d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité. On peut donc considérer que l'obligation d'accommodement est un aspect fondamentalement important des lois en

workplace. It then becomes necessary to determine precisely what constitutes reasonable accommodation.

It was pointed out in *Renaud, supra*, at p. 989, that historically the duty to accommodate developed as a means of limiting the liability of an employer who was found to have discriminated by the *bona fide* adoption of a work rule without any intention to discriminate. By providing reasonable accommodation to the affected workers, the employer could justify the adverse effect discrimination and thereby avoid liability for the unintended consequences of the rules of employment.

The extent of the duty to accommodate in cases of adverse effect discrimination was put in this manner in the *O'Malley* case at p. 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. [Emphasis added.]

The factors to be considered in determining what may constitute reasonable accommodation were set out in *Central Alberta Dairy Pool, supra*. Wilson J. writing for the majority described the factors in this way at pp. 520-21:

I do not find it necessary to provide a comprehensive definition of what constitutes undue hardship but I believe it may be helpful to list some of the factors that may be relevant to such an appraisal. I begin by adopting those identified by the Board of Inquiry in the case at bar — financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease

matière de droits de la personne et une partie intégrante du droit à l'égalité en milieu de travail. Il devient alors nécessaire de déterminer précisément ce qui constitue une mesure d'accommodement raisonnable.

On a fait remarquer dans l'arrêt *Renaud*, précité, à la p. 989, que, historiquement, l'obligation d'accommodement constituait un moyen de limiter la responsabilité de l'employeur jugé responsable d'avoir involontairement fait preuve de discrimination en adoptant de bonne foi une règle de travail. En offrant une mesure d'accommodement raisonnable aux travailleurs touchés, l'employeur pouvait justifier la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et éviter ainsi d'engager sa responsabilité pour les conséquences non voulues des règles en matière d'emploi.

L'étendue de l'obligation d'accommodement dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable est décrite ainsi, à la p. 555 de l'arrêt *O'Malley*:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. [Je souligne.]

Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer ce qui peut constituer une mesure d'accommodement raisonnable sont énoncés dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité. Le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, décrit ainsi ces facteurs, aux pp. 520 et 521:

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce — le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur

with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations. This list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case.

With regard to the factor of the morale of other employees, Sopinka J. in *Renaud, supra*, reworded it to require a consideration of the effect of the reasonable accommodation on other employees. (See pp. 984-85 and 991-92.)

These factors are not engraved in stone. They should be applied with common sense and flexibility in the context of the factual situation presented in each case. The situations presented will vary endlessly. For example, in a large concern, it may be a relatively easy matter to replace one employee with another. In a small operation replacement may place an unreasonable or unacceptable burden on the employer. The financial consequences of accommodation will also vary infinitely. What may be eminently reasonable in prosperous times may impose an unreasonable financial burden on an employer in times of economic restraint or recession. However, the listed factors can provide a basis for considering what may constitute reasonable accommodation.

It is important to remember that the duty to accommodate is limited by the words "reasonable" and "short of undue hardship". Those words do not constitute independent criteria. Rather they are alternate methods of expressing the same concept. (See *Renaud, supra*, at p. 984.)

Application of Factors Pertaining to Adverse Effect Discrimination to the Facts of this Case

The respondent School Board contended that if the schedule of work fixed by the calendar which

la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas.

En ce qui concerne le facteur du moral des autres employés, le juge Sopinka l'a reformulé, dans l'arrêt *Renaud*, précité, de manière à exiger un examen de l'effet de la mesure d'accommodement raisonnable sur les autres employés. (Voir pages 984 et 985, ainsi que 991 et 992.)

Ces facteurs ne sont pas coulés dans le béton. Il y a lieu de les appliquer d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas. Les situations changeront sans cesse. Par exemple, dans une grande entreprise, il peut être relativement facile de remplacer un employé par un autre. Cependant, dans une petite entreprise, le remplacement d'un employé peut imposer un fardeau déraisonnable ou inacceptable à l'employeur. Les conséquences financières d'une mesure d'accommodement varieront aussi indéfiniment. Ce qui peut être parfaitement raisonnable en période de prospérité est susceptible d'imposer à un employeur un fardeau financier déraisonnable en période de restrictions budgétaires ou de récession. Cependant, les facteurs énumérés peuvent servir de point de départ pour examiner ce qui peut constituer une mesure d'accommodement raisonnable.

Il importe de se rappeler que l'obligation d'accommodement est limitée par les mots «raisonnable» et «sans s'imposer de contrainte excessive». Il s'agit là non pas de critères indépendants, mais plutôt de différentes façons d'exprimer le même concept. (Voir l'arrêt *Renaud*, précité, à la p. 984.)

Application des facteurs relatifs à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable aux faits de la présente affaire

La Commission scolaire intimée a soutenu que, si l'horaire de travail fixé par le calendrier qui fait

forms part of the collective agreement had the effect of adversely discriminating against Jewish teachers, it had taken all necessary steps to make a reasonable accommodation for them. This, the employer argued, was accomplished by permitting them to take a day off work without pay in order to celebrate Yom Kippur. The majority of the Court of Appeal agreed with this position and went so far as to state that to do more would constitute reverse discrimination by favouring Jewish teachers over those of the Catholic faith. With the greatest of respect I cannot agree with the positions put forward either by the respondent or the majority of the Court of Appeal.

It is true that the Letters of Agreement of November 10, 1980 and June 11, 1984 have somewhat different provisions as to the application of art. 5-14.02 (g). However, the articles with which we are concerned, namely 5-14.02 and 5-14.05, remained the same in all the relevant collective bargaining agreements. It will be remembered that the collective bargaining agreement specifically provided for a teacher to be compensated for a number of days of absence in certain circumstances. For example, by art. 5-14.05, the teacher could be absent and yet paid if the absence was for "valid" reasons. This clause would seem to be sufficient in itself to base payment by the School Board to a teacher absent for a day because of the requirements of that teacher's religion. As well, by art. 5-14.02, compensation would be paid if the teacher was absent following the death of members of his family, or marriage, or, for up to three days, in the case of [TRANSLATION] "any other event of *force majeure*", and other reasons upon which the School Board and the union would agree. Arising out of art. 5-14.02 (g) a further agreement was reached, on June 11, 1984, that provided additional details in these words:

[TRANSLATION]

RE: SPECIAL LEAVE: CLAUSE 5-14.02 (g)

Pursuant to clause 5-14.02 paragraph (g) of the provisions constituting the 1983-85 collective agreements,

partie de la convention collective était source de discrimination par suite d'un effet préjudiciable envers les enseignants de religion juive, elle avait pris toutes les mesures nécessaires pour s'entendre raisonnablement avec eux. Pour ce faire, l'employeur dit avoir permis à ces enseignants de prendre une journée de congé sans traitement pour leur permettre de célébrer le Yom Kippour. La Cour d'appel à la majorité a souscrit à cette position et est même allée jusqu'à préciser que faire davantage créerait une discrimination à rebours en favorisant les enseignants de religion juive par rapport à ceux de foi catholique. En toute déférence, je ne puis souscrire à la position de l'intimée ni à celle de la Cour d'appel à la majorité.

Il est vrai que les lettres d'entente du 10 novembre 1980 et du 11 juin 1984 renferment des dispositions quelque peu différentes quant à l'application de l'al. 5-14.02 g). Cependant, les articles qui nous intéressent, à savoir les art. 5.14.02 et 5-14.05, sont demeurés inchangés dans toutes les conventions collectives en cause. On se rappellera que la convention collective prévoyait explicitement qu'un enseignant pouvait, dans certaines circonstances, être rémunéré pour un certain nombre de jours d'absence. Par exemple, en vertu de l'art. 5-14.05, l'enseignant pouvait s'absenter sans perte de traitement si cette absence était justifiée par un motif «valable». Il semble que cette disposition suffirait à elle seule à justifier la Commission scolaire de rémunérer un enseignant qui s'absente pendant une journée pour se conformer aux exigences de sa religion. De même, en vertu de l'art. 5-14.02, l'enseignant serait rémunéré s'il s'absentait à cause du décès d'un membre de sa famille; d'un mariage, et ce, jusqu'à concurrence de trois jours dans le cas d'un autre «événement de force majeure», ou encore pour toute autre raison sur laquelle s'entendraient la Commission scolaire et le syndicat. Conformément à l'al. 5-14.02 g), on avait conclu, le 11 juin 1984, une autre entente qui fournissait des détails additionnels:

OBJET: CONGÉS SPÉCIAUX: CLAUSE 5-14.02 g)

Conformément à la clause 5-14.02 alinéa g) des dispositions constituant des conventions collectives 1983-1985.

the Board and the Union agree to grant leave of absence to any teacher without loss of salary, supplementary pay or regional disparity bonuses for the events and the length of time indicated below:

1 - A teacher may be absent by using the three working days mentioned in paragraph (g) of clause 5-14.02, if he still has any of them, to care urgently (serious illness or accident certified by a medical certificate) for a person in his immediate family.

2 - A teacher who is unable to report for work for a reason beyond his control such as:

- being the victim of an automobile accident: one half-day, namely that on which the event occurs, for a maximum of one day;

- attending at a court of law in a case in which he is a party: the time required, for a maximum of one day;

- a heating system breakdown requiring urgent repair and endangering occupants of the residence: one half-day, namely that on which the event occurs, for a maximum of one day.

Days so used shall be deducted from the three working days provided for in paragraph (g) of clause 5-14.02. However, a maximum of one day per year may be used for all the events mentioned in paragraph 2a, b and c.

For any of these events the teacher shall provide the Board with proof of the need to be absent. [Emphasis added.]

It would seem that this letter of agreement was intended to widen the grounds upon which teachers could base an absence from work. The words of the second paragraph [TRANSLATION] "for a reason beyond his control such as" indicate that the subsequent examples are not intended to be exclusive. (Emphasis added.) Rather, they show that the provision for payment during absence is meant to be flexible. Obviously the date fixed for a holy day is beyond the control of an individual Jewish teacher. Yet the observance of that day must be of paramount importance.

la Commission et le Syndicat conviennent d'accorder permission d'absence à l'enseignant sans perte de traitement, de supplément ou de primes pour disparités régionales pour les événements et la durée indiquée ci-dessous:

1 - L'enseignant peut s'absenter en utilisant les trois jours ouvrables mentionnés à l'alinéa g) de la clause 5-14.02, s'il lui en reste, pour s'occuper de façon urgente (maladie ou accident grave attesté par un certificat médical) d'une personne de la famille immédiate.

2 - L'enseignant qui est dans l'impossibilité de se présenter à son travail pour une raison hors de son contrôle telle que:

- accident d'auto dont il est victime; une demi-journée soit celle de l'événement et ce, pour un maximum d'une journée;

- présence en une cour de justice dans une cause où il est partie; le temps requis et ce, pour un maximum d'une journée;

- bris du système de chauffage exigeant une réparation d'urgence et mettant en danger les occupants du domicile; une demi-journée soit celle de l'événement et ce, pour un maximum d'une journée.

Les jours ainsi utilisés sont déduits des trois jours ouvrables prévus à l'alinéa g) de la clause 5-14.02. Toutefois, pour l'ensemble des événements indiqués à l'alinéa 2a, b et c, il peut être utilisé au maximum un jour par année.

Pour l'un ou l'autre des événements, l'enseignant doit fournir à la Commission la preuve de l'obligation de s'absenter. [Je souligne.]

Il semblerait que cette lettre d'entente visait à augmenter le nombre de motifs justifiant un enseignant de s'absenter de son travail. Les termes utilisés dans le second paragraphe «pour une raison hors de son contrôle telle que:» indiquent qu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. (Je souligne.) Ils montrent plutôt que la rémunération pendant une absence sera assujettie à des règles souples. De toute évidence, la date fixée pour un jour de fête religieuse est hors du contrôle d'un enseignant de religion juive. Cependant, l'observance de cette journée doit avoir une importance majeure.

On this issue it is worth noting that in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, Wilson J. speaking for the majority stated, at p. 521:

If the employer could cope with an employee's being sick or away on vacation on Mondays, it could surely accommodate a similarly isolated absence of an employee due to religious obligation. I emphasize once again that there is nothing in the evidence to suggest that Monday absences of the complainant would have become routine or that the general attendance record of the complainant was a subject of concern. The ability of the respondent to accommodate the complainant on this occasion was, on the evidence, obvious and, to my mind, incontrovertible. I therefore find that the respondent has failed to discharge its burden of proving that it accommodated the complainant up to the point of undue hardship.

This statement of principle is equally applicable to the facts presented in this case. Here the collective agreement provided for payment for absences for a variety of reasons.

It is not necessary that a collective bargaining agreement specifically provide for the observance of the holy day of a religious minority. Its provisions are simply a factor to be considered in determining whether the employer can reasonably accommodate the religious observances of the minority. In this case, the collective agreement provides a flexibility that demonstrates that a reasonable accommodation could be made. This could have been reasonably effected pursuant to either arts. 5-14.02 or 5-14.05. In the past, paid absences included the celebration of Yom Kippur. It is thus apparent that to replace the Jewish teachers and to compensate them for their absence on Yom Kippur did not constitute an unreasonable burden for the employer. Freedom of religion is of fundamental importance to Canadian democracy. If reasonable accommodation of religious beliefs can be undertaken by an employer, it should be.

There was no proof presented by the respondent School Board, that to pay the salaries of the Jewish

À ce sujet, il est utile de souligner ce que le juge Wilson affirme, au nom de la majorité de notre Cour, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 521:

Si l'employeur pouvait faire face à la maladie ou aux vacances d'un employé le lundi, il pouvait sûrement composer avec l'absence isolée d'un employé pour cause d'obligation religieuse. J'insiste à nouveau sur le fait que rien dans la preuve ne permet de penser que le plaignant se serait absenté régulièrement le lundi ou que sa fiche de présence laissait à désirer. Vu la preuve, la capacité de l'intimée de prendre en compte la situation du plaignant en cette occasion ne faisait aucun doute et, dans mon esprit, ne saurait être contestée. J'estime par conséquent que l'intimée ne s'est pas acquittée de son fardeau de prouver qu'elle a composé avec le plaignant dans la mesure où cela n'entraînait pas une contrainte excessive.

Cette déclaration de principe est également applicable aux faits de la présente affaire. La convention collective prévoit en l'espèce la rémunération de l'enseignant qui s'absente pour diverses raisons.

Il n'est pas nécessaire qu'une convention collective prévoie explicitement l'observance du jour de fête d'une minorité religieuse. Ses dispositions ne sont qu'un facteur à prendre en considération pour déterminer si l'employeur peut raisonnablement composer avec les observances religieuses de la minorité. En l'espèce, la souplesse de la convention collective montre qu'il y avait place pour une mesure d'accommodement raisonnable. Une telle mesure aurait pu raisonnablement être prise conformément à l'art. 5-14.02 ou 5-14.05. Dans le passé, les absences rémunérées incluaient la célébration du Yom Kippour. Il est donc évident que le remplacement et la rémunération des enseignants de religion juive, absents le jour du Yom Kippour, ne constituaient pas un fardeau déraisonnable pour l'employeur. La liberté de religion revêt une importance fondamentale dans la démocratie canadienne. Si un employeur peut composer raisonnablement avec des croyances religieuses, il doit le faire.

La Commission scolaire intimée n'a pas présenté de preuve que le paiement du salaire des

teachers would impose an unreasonable financial burden upon it. Indeed it would be extremely difficult to put forward such a position in light of the fact that the Board through collective bargaining had specifically provided, in art. 5-14.05, for the payment of teachers who were absent for what the parties considered to be a good or valid reason and, in art. 5-14.02, for a number of days for a variety of reasons. It would be difficult if not unreasonable to contend that the absence of a teacher in order to observe a holy day would not constitute a "good reason" for the absence. It follows that the observance of a holy day by teachers belonging to the Jewish faith should constitute a "good reason" for their absence and should qualify them for payment of a day's wages, pursuant to the provisions of that collective agreement. This would be an eminently reasonable, indeed a correct, interpretation of the collective agreement. Further I would observe that this had been recognized as acceptable in the past, as confirmed by the practice existing prior to 1983 of many Jewish teachers who were absent on Yom Kippur without any loss of wages.

Further, I cannot see how the payment of the day's wages in these circumstances could possibly constitute reverse discrimination. The Jewish teachers, in this case, seek no more than to use one of their three days of paid absence provided by the collective agreement, under art. 5-14.02 (g), to honour the tenets of their religion.

Additionally, it must be remembered that the collective agreement incorporated the provisions of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* within its terms. For the purposes of these reasons it is not necessary to consider in any detail either this aspect of the collective agreement or the arbitration board's references to it. Specifically, it is not necessary to determine whether the decision of the board on this issue must be correct in order to escape judicial review. In my view, the decision of the majority of the board on this question was correct. It will suffice to observe that by this incor-

enseignants de religion juive lui imposerait un fardeau financier déraisonnable. En fait, il serait extrêmement difficile d'avancer un tel argument étant donné qu'à la suite des négociations collectives la Commission scolaire avait prévu explicitement, à l'art. 5-14.05, la rémunération des enseignants absents pour un motif jugé valable par les parties et, à l'art. 5-14.02, la rémunération de ceux qui s'absentent pendant un certain nombre de jours pour diverses raisons. Il serait difficile, voire déraisonnable, de soutenir que l'enseignant qui s'absente pour observer un jour de fête religieuse ne s'absente pas pour un «motif valable». Il s'ensuit que l'observance d'une fête religieuse par les enseignants de religion juive devrait constituer un «motif valable» d'absence, et que ces enseignants devraient avoir le droit d'être rémunérés pour cette journée, conformément à la convention collective. Il s'agirait là d'une interprétation fort raisonnable, voire exacte, de la convention collective. En outre, je tiens à faire remarquer qu'une telle interprétation a été considérée comme acceptable dans le passé, comme le confirme la pratique, antérieure à 1983, de nombreux enseignants de religion juive qui s'absentaient, sans perte de rémunération, le jour du Yom Kippour.

Par ailleurs, je ne puis voir comment le paiement d'une journée de salaire dans ces circonstances pourrait constituer de la discrimination à rebours. Les enseignants de religion juive, en l'espèce, ne cherchent qu'à utiliser l'un des trois jours d'absence rémunérée, prévus à l'al. 5-14.02 g) de la convention collective, pour se conformer aux préceptes de leur religion.

En outre, il faut se rappeler que les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec étaient incorporées dans la convention collective. Pour les fins des présents motifs, il n'est pas nécessaire d'examiner en détail cet aspect de la convention collective ni les mentions qu'en fait le tribunal d'arbitrage. Plus précisément, il n'est pas nécessaire de déterminer si le tribunal d'arbitrage doit statuer correctement sur cette question pour échapper au contrôle judiciaire. À mon avis, le tribunal d'arbitrage à la majorité a statué correctement sur cette question. Il suffit de

poration the parties agreed that their relationship would recognize and be bound by the principles of equality and freedom from discrimination on religious grounds. This would certainly indicate that the provisions of the collective agreement were, at the very least, to be interpreted on that basis. This too would support the conclusion that its provisions indicate that the Jewish teachers should have been paid for the day they were absent from work to celebrate Yom Kippur. Any approach to the concept of reasonable accommodation would certainly extend to a requirement that the employer would proceed on this basis.

The provisions of a collective bargaining agreement cannot absolve either the employer or the union from the duty to accommodate. Yet, the terms of the agreement are relevant in assessing the degree of hardship which may be occasioned by interference with its terms. Thus, as pointed out in *Renaud, supra*, at p. 987, a substantial departure from the normal operation of the conditions or terms of employment set out in the collective agreement may constitute undue interference in the operation of the employer's business. However, in this case, the collective bargaining agreement supports the position taken by the appellants and the majority of the arbitration board.

I recognize that other cases may demonstrate circumstances which would make reasonable accommodation impossible. For example, if the religious beliefs of a teacher required his or her absence every Friday throughout the year, then it might well be impossible for the employer to reasonably accommodate that teacher's religious beliefs and requirements. However, that is far from the situation presented in this case.

In summary then, there was no evidence presented that it would place an unreasonable financial burden upon the respondent School Board to pay the Jewish teachers for their absence on Yom Kippur. Historically, Jewish teachers had been paid for this day despite their absence. As well, the provisions of the collective bargaining

faire remarquer que, par cette incorporation, les parties ont convenu qu'elles reconnaîtraient les principes d'égalité et de protection contre la discrimination fondée sur la religion, et qu'elles seraient liées par ces principes. Ceci indique certainement que les dispositions de la convention collective devaient, à tout le moins, être interprétées en fonction de cet état de choses. Cela appuie également la conclusion que, d'après la convention collective, les enseignants de religion juive auraient dû être rémunérés pour le jour où ils se sont absentés pour célébrer le Yom Kippour. Toute interprétation du concept de l'accommodement raisonnable comporterait certainement une exigence que l'employeur procède de cette façon.

Les dispositions d'une convention collective ne peuvent dégager ni l'employeur ni le syndicat de l'obligation d'accommodement. Cependant, les modalités de la convention sont pertinentes pour évaluer le degré de contrainte qui peut résulter de l'ingérence dans ses conditions. Ainsi, comme on le souligne à la p. 987 de l'arrêt *Renaud*, précité, une dérogation importante à l'application normale des conditions d'emploi prévues dans la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. Toutefois, en l'espèce, la convention collective appuie la position adoptée par les appelants et le tribunal d'arbitrage à la majorité.

Je reconnais que, dans d'autres cas, il pourra exister des circonstances où l'accommodement raisonnable serait impossible. Par exemple, si un enseignant devait, à cause de ses croyances religieuses, s'absenter tous les vendredis de l'année, il pourrait bien alors être impossible pour l'employeur de composer raisonnablement avec les croyances et les exigences religieuses de cet enseignant. Cependant, c'est loin d'être le cas en l'espèce.

Somme toute, on n'a présenté aucune preuve que payer les enseignants absents le jour du Yom Kippour imposerait un fardeau financier déraisonnable à la Commission scolaire intimée. Historiquement, les enseignants de religion juive avaient été rémunérés pour cette journée malgré leur absence. De même, on pourrait raisonnablement

agreement could reasonably be interpreted to provide for such an accommodation. The collective agreement by incorporating the provisions of the Quebec *Charter* provided further support for this position by stressing that principles of equality and freedom from religious discrimination would guide the parties in their relations. The respondent has not met the burden resting upon it to demonstrate that it took reasonable steps to accommodate the Jewish teachers, short of undue hardship. It follows that the decision of the majority of the arbitration board was correct. In light of this conclusion it is unnecessary to consider whether the decision of an arbitration board must be correct in its interpretation of the Quebec *Charter*, in order to be exempt from judicial review.

Disposition

In the result, the appeal will be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the award of the arbitration board restored. The appellants will have their costs throughout.

English version of the reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Although I agree with the result arrived at by my colleague Justice Cory and with a large part of his analysis, I take a different approach that applies the principles of administrative law developed by this Court in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and recently restated (*Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735 (*per* Gonthier J.) and pp. 753-54 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at p. 771 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 334 (*per* Sopinka J.); *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at pp. 258 (*per* La Forest J.) and 308 (*per* Cory J.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 965 (*per* Cory J.) and

interpréter les dispositions de la convention collective comme prescrivant une telle mesure d'accommodement. Du fait qu'elle incorporait les dispositions de la *Charte* québécoise, la convention collective renforçait cette position en faisant ressortir que les principes d'égalité et de protection contre la discrimination fondée sur la religion guideraient les relations entre les parties. L'intimée ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'elle a pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec les enseignants de religion juive sans que cela ne lui cause une contrainte excessive. Il s'ensuit que la décision du tribunal d'arbitrage à la majorité est correcte. Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner si le tribunal d'arbitrage doit interpréter correctement la *Charte* québécoise pour échapper au contrôle judiciaire.

d Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la décision du tribunal d'arbitrage. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Même si je suis d'accord avec le résultat auquel en arrive mon collègue le juge Cory ainsi qu'avec une grande partie de son analyse, j'emprunte une voie différente qui applique les principes de droit administratif dégagés par notre Cour dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et récemment réitérés (*Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, aux pp. 735 (le juge Gonthier) et 753 et 754 (le juge L'Heureux-Dubé); *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, à la p. 771 (le juge L'Heureux-Dubé); *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 334 (le juge Sopinka); *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, aux pp. 258 (le juge La Forest) et 308 (le juge Cory); *Canada*

977 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at pp. 485-86 (*per* Lamer C.J.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 601 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, at pp. 628 (*per* Sopinka J.) and 657 (*per* Cory J.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1346 (*per* Wilson J.); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1000 (*per* La Forest J.)). In this I concur with the opinion of Rousseau-Houle J.A., dissenting in the Quebec Court of Appeal (1992), 48 Q.A.C. 34.

Like Rousseau-Houle J.A., my opinion rests on the premise that a court of law should not intervene and substitute its view for that of an administrative tribunal on questions which the legislature has clearly intended to leave for its consideration, unless the tribunal's decision is patently unreasonable. That is the test which applies here.

Under the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, the arbitrator, whose jurisdiction is protected by a privative clause (ss. 139 and 139.1 of the *Labour Code*), is mandated to dispose of grievances relating to a collective agreement. He does not exceed his jurisdiction merely because, in disposing of the grievance filed, here by the appellant the Syndicat de l'enseignement de Champlain, he applies the law, in this case the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (hereinafter the "*Quebec Charter*").

I must here briefly digress to dispose of the argument of the respondent, the Commission scolaire régionale de Chambly, that the standard of judicial review applicable here is one of correctness, on the ground that the arbitrator could not err in interpreting the provisions of the *Quebec Charter* which are at issue here (ss. 3, 9.1, 10, 16 and 20). With respect, one should not confuse the application of a clear and uncontested provision of

(*Procureur général*) c. *Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, aux pp. 965 (le juge Cory) et 977 (le juge L'Heureux-Dubé); *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, aux pp. 485 et 486 (le juge en chef Lamer); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 601 (le juge L'Heureux-Dubé); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, aux pp. 628 (le juge Sopinka) et 657 (le juge Cory); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1346 (le juge Wilson); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1000 (le juge La Forest)). En cela, je suis d'accord avec l'opinion de Madame le juge Rousseau-Houle, dissidente en Cour d'appel du Québec (1992), 48 Q.A.C. 34.

Comme Madame le juge Rousseau-Houle, mon opinion repose sur la prémisse qu'une cour de justice ne saurait intervenir et substituer son avis à celui d'un tribunal administratif saisi de questions que le législateur a clairement eu l'intention de laisser à son appréciation, à moins que la décision de ce tribunal ne soit manifestement déraisonnable. C'est le test qui s'applique ici.

L'arbitre chargé par le *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, de disposer des griefs relatifs à une convention collective, et dont la juridiction est protégée par une clause privative (art. 139 et 139.1 du *Code du travail*), ne commet pas d'excès de juridiction du seul fait qu'en disposant du grief logé, ici par l'appellant le Syndicat de l'enseignement de Champlain, il applique la loi, en l'occurrence la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (ci-après la "*Charte québécoise*").

J'ouvre ici une parenthèse pour disposer de l'argument de l'intimée, la Commission scolaire régionale de Chambly, à l'effet que la norme de contrôle judiciaire en est une ici de justesse (*correctness*) au motif que l'arbitre ne pouvait errer dans l'interprétation de la *Charte québécoise* dont les dispositions (art. 3, 9.1, 10, 16 et 20) sont ici en jeu. Avec égards, on ne saurait confondre l'application d'une disposition claire et nullement contes-

an Act such as the *Quebec Charter*, with its interpretation. The interpretation also differs from the application to a given situation of the provisions of a collective agreement, even if that agreement incorporates guarantees of employees' fundamental rights also contained in the *Quebec Charter*.

No one in the case at bar questioned, whether before the arbitrator or before any other court including our own, that the *Quebec Charter* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* both guarantee freedom of religion and the right to equality without discrimination to individuals in Quebec and Canada. Equally, there was no dispute that the parties to the collective agreement have a duty to remedy the discriminatory effects of employment conditions in this regard through reasonable accommodation without undue hardship. The provisions of the *Quebec Charter* at issue are also part of the collective agreement. The only point which the arbitrator had to decide was whether and on what conditions, in the circumstances of this case, it was possible under the collective agreement concluded between the parties to accommodate teachers of the Jewish faith, in order to comply with the anti-discrimination provisions of the *Quebec Charter*. In so doing, the arbitrator was acting within his jurisdiction, and unless his decision was so unreasonable as to be irrational a court of law has no basis for intervening. If, on the other hand, the arbitrator were to conclude that the collective agreement does not permit such accommodation, which is not the case here, the issue would then shift to the duty to accommodate according to the *Quebec Charter* and a decision on this matter would have to be correct.

In my opinion, the arbitrator's decision was far from unreasonable and is accordingly beyond the scope of judicial intervention. As Rousseau-Houle J.A. said (at pp. 51 and 55):

[TRANSLATION] With great respect for the opinion of Brossard J.A., it seems to me that the conclusion of the

tée d'une loi, soit-elle la *Charte québécoise*, avec son interprétation. Cette dernière se distingue également de l'application à une situation donnée des dispositions d'une convention collective, même si elle incorpore des garanties quant aux droits fondamentaux des employés qui se retrouvent dans la *Charte québécoise*.

Personne dans le litige qui nous occupe n'a contesté devant l'arbitre, ni devant aucune des autres instances incluant la nôtre, que la *Charte québécoise* comme la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent aux citoyens du Québec et du Canada la liberté de religion et le droit à l'égalité sans discrimination. Personne n'a non plus contesté que les parties à la convention collective ont l'obligation de pallier les effets discriminatoires des conditions d'emploi à cet égard par des mesures d'accommodement raisonnables qui n'entraînent pas de fardeau excessif. Les dispositions de la *Charte québécoise* en jeu font d'ailleurs partie de la convention collective. Le seul débat que l'arbitre avait à trancher consistait à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la convention collective intervenue entre les parties permettait un accommodement aux demandes des professeurs de religion juive et à quelles conditions, afin de se conformer aux dispositions antidiscriminatoires de la *Charte québécoise*. Ce faisant, l'arbitre agissait à l'intérieur même de sa juridiction et, à moins que sa décision ne soit déraisonnable au point d'être irrationnelle, une cour de justice ne saurait intervenir. Si, par contre, l'arbitre devait conclure que la convention collective ne permet pas l'accommodement recherché, ce qui n'est pas notre cas, le débat porterait alors sur l'exigence d'accommodement selon la *Charte québécoise* et toute décision à cet égard devrait être juste.

À mon avis, la décision de l'arbitre n'est pas déraisonnable et, en conséquence, elle est à l'abri de l'intervention des tribunaux. Comme le dit Madame le juge Rousseau-Houle (aux pp. 51 et 55):

Avec beaucoup d'égard pour l'opinion du juge Brossard, il m'apparaît que la conclusion de la sentence arbi-

arbitral award is neither erroneous nor unreasonable and that it should not be open to judicial review.

In view of these provisions of the collective agreement, it was not unreasonable for the arbitrator to decide that the fact of giving three teachers their full pay for a day of leave granted on the occasion of the Yom Kippur holiday could not cause the school board any significant administrative disruption. [Emphasis added.]

I share the view of my colleague Cory J. that the collective agreement as drafted leaves sufficient room for reasonable accommodations to avoid the hardship which working on a day of religious observance of their faith may cause to the appellant teachers Joseph Kadoch, Louise Elbraz and Jacob Lahmi. As he himself says (at pp. 547 and 549):

It will be remembered that the collective bargaining agreement specifically provided for a teacher to be compensated for a number of days of absence in certain circumstances. For example, by art. 5-14.05, the teacher could be absent and yet paid if the absence was for "valid" reasons. This clause would seem to be sufficient in itself to base payment by the School Board to a teacher absent for a day because of the requirements of that teacher's religion. As well, by art. 5-14.02 compensation would be paid if the teacher was absent following the death of members of his family, or marriage, or, for up to three days, in the case of [TRANSLATION] "any other event of *force majeure*", and other reasons upon which the School Board and the Union would agree.

It is not necessary that a collective bargaining agreement specifically provide for the observance of the holy day of a religious minority. Its provisions are simply a factor to be considered in determining whether the employer can reasonably accommodate the religious observances of the minority. In this case, the collective agreement provides a flexibility that demonstrates that a reasonable accommodation could be made. This could have been reasonably effected pursuant to either arts. 5-14.02 or 5-14.05. In the past, paid absences included the celebration of Yom Kippur. It is thus apparent that to replace the Jewish teachers and to compensate them for

trale n'est ni erronée, ni déraisonnable et qu'elle ne doit pas donner ouverture à la révision judiciaire.

^a Vu ces dispositions de la convention collective, il n'était pas déraisonnable pour les arbitres de décider que le fait d'accorder à trois enseignants leur plein traitement pour une journée de congé accordée à l'occasion de la fête du Yom Kippour ne pouvait causer à la commission scolaire une contrainte administrative sérieuse. [Je souligne.]

^c Je partage l'opinion de mon collègue le juge Cory que la convention collective telle que rédigée laissait place à des accommodements raisonnables pour obvier aux inconvénients que pouvait causer aux professeurs appelants, Joseph Kadoch, Louise Elbraz et Jacob Lahmi, le fait d'avoir à travailler un jour d'observance religieuse de leur foi. Comme il le dit lui-même (aux pp. 547 et 549):

^e On se rappellera que la convention collective prévoyait explicitement qu'un enseignant pouvait, dans certaines circonstances, être rémunéré pour un certain nombre de jours d'absence. Par exemple, en vertu de l'art. 5-14.05, l'enseignant pouvait s'absenter sans perte de traitement si cette absence était justifiée par un motif «valable». Il semble que cette disposition suffirait à elle seule à justifier la Commission scolaire de rémunérer un enseignant qui s'absente pendant une journée pour se conformer aux exigences de sa religion. De même, en vertu de l'art. 5-14.02, l'enseignant serait rémunéré s'il s'absentait à cause du décès d'un membre de sa famille, d'un mariage, et ce, jusqu'à concurrence de trois jours dans le cas d'un autre «événement de force majeure», ou encore pour toute autre raison sur laquelle s'entendraient la Commission scolaire et le syndicat.

^h Il n'est pas nécessaire qu'une convention collective prévoie explicitement l'observance du jour de fête d'une minorité religieuse. Ses dispositions ne sont qu'un facteur à prendre en considération pour déterminer si l'employeur peut raisonnablement composer avec les observances religieuses de la minorité. En l'espèce, la souplesse de la convention collective montre qu'il y avait place pour une mesure d'accommodement raisonnable. Une telle mesure aurait pu raisonnablement être prise conformément à l'art. 5-14.02 ou 5-14.05. Dans le passé, les absences rémunérées incluaient la célébration du Yom Kippour. Il est donc évident que le remplace-

their absence on Yom Kippur did not constitute an unreasonable burden for the employer. Freedom of religion is of fundamental importance to Canadian democracy. If reasonable accommodation of religious beliefs can be undertaken by an employer, it should be.

I would dispose of the appeal as my colleague Cory J. suggests.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal; Lapierre, St-Denis & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Pothier Bégin, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener: Béatrice Vizkelety, Montréal.

ment et la rémunération des enseignants de religion juive, absents le jour du Yom Kippour, ne constituaient pas un fardeau déraisonnable pour l'employeur. La liberté de religion revêt une importance fondamentale dans la démocratie canadienne. Si un employeur peut composer raisonnablement avec des croyances religieuses, il doit le faire.

Je disposerai du pourvoi comme le propose mon collègue le juge Cory.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal; Lapierre, St-Denis & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Pothier Bégin, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenante: Béatrice Vizkelety, Montréal.

The Superintendent of Brokers *Appellant*

v.

Murray Pezim, Lawrence Page and John Ivany *Respondents*

and

The Attorney General of British Columbia, the Ontario Securities Commission, the Alberta Securities Commission and the Securities Dealers Society of Ontario *Interveners*

and between

The British Columbia Securities Commission *Appellant*

v.

Murray Pezim, Lawrence Page and John Ivany *Respondents*

and

The Attorney General of British Columbia, the Ontario Securities Commission, the Alberta Securities Commission and the Securities Dealers Society of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: PEZIM v. BRITISH COLUMBIA
(SUPERINTENDENT OF BROKERS)

File Nos.: 23107, 23113.

1994: February 24; 1994: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Judicial review — Securities Commission — Commission part of larger regulatory framework — No privative clause and right of appeal —

Superintendent of Brokers *Appellant*

c.

^a **Murray Pezim, Lawrence Page et John Ivany** *Intimés*

et

^b **Procureur général de la Colombie-Britannique, Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Alberta Securities Commission et Securities Dealers Society of Ontario** *Intervenants*

et entre

^d **British Columbia Securities Commission** *Appelante*

c.

^e **Murray Pezim, Lawrence Page et John Ivany** *Intimés*

et

^f **Procureur général de la Colombie-Britannique, Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Alberta Securities Commission et Securities Dealers Society of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: PEZIM c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(SUPERINTENDENT OF BROKERS)

^h

Nos du greffe: 23107, 23113.

1994: 24 février; 1994: 23 juin.

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

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Commission des valeurs mobilières — Commission intégrée dans un régime de réglementation — Absence de clause

Appropriate standard of review of Commission's decisions — Whether standard properly applied — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, ss. 1(1) "material change", "material fact", 14(1), (2), 44(1), 45(2), 49(1), 50(1), 67, 68, 144(1)(a), (b), (c), (d), 149(a), (b), (c), 154.2.

Securities — Securities Commission — Statutory duty on issuers of stock to disclose nature and substance of material change — Prohibition against insider trading — Series of transactions allegedly breaching duty to disclose — Whether transactions breaching duty to disclose and/or prohibition against insider trading.

Respondents were, respectively, the chair of the board, the vice president responsible for internal administration and the president of Prime, a company holding several wholly owned subsidiaries and controlling or managing about 50 public junior resource companies. Respondents were also directors of Calpine, a company controlled and managed by Prime. Both companies were reporting issuers listed on the Vancouver Stock Exchange and subject to the VSE's rules and policies concerning public disclosure of information and pricing of options. Both were subject to the continuing and timely disclosure requirements under s. 67 of the *Securities Act* and to the insider trading provisions under s. 68. The British Columbia Securities Commission administers the Act and ensures compliance with its requirements. It also regulates the VSE.

In the spring of 1990, the Superintendent of Brokers (the Commission's chief administrative officer) instituted proceedings against the respondents in connection with various types of transactions which occurred between July and October, 1989. The Superintendent alleged that the respondents had violated the timely disclosure provisions and insider trading provisions in three categories of impugned transactions: the drilling results and share options transactions, the private placement, and the ALC withdrawal. Respondents were prevented from having information relative to assay results by a "Chinese Wall".

In the first category, Prime or Calpine allegedly failed to disclose all material changes in four transactions in that assay results were publicly disclosed after the company had granted or repriced options. The fifth option transaction, although made after a detailed news release

privative et de droit d'appel — Norme de contrôle appropriée des décisions de la Commission — La norme appropriée a-t-elle été appliquée? — Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 1(1) «changement important», «fait important», 14(1), (2), 44(1), 45(2), 49(1), 50(1), 67, 68, 144(1)a), b), c), d), 149a), b), c), 154.2.

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières — Loi imposant aux émetteurs d'actions de divulguer la nature et la substance d'un changement important — Interdiction des opérations d'initiés — Série d'opérations qui auraient été effectuées en contravention de l'obligation de divulgation — Les opérations violent-elles l'obligation de divulgation ou l'interdiction des opérations d'initiés.

Les intimés étaient respectivement président du conseil d'administration, vice-président responsable de l'administration interne et président de Prime, société détenant plusieurs filiales en propriété exclusive et contrôlant ou gérant quelque 50 petites sociétés minières. Les intimés étaient aussi administrateurs de Calpine, société contrôlée et gérée par Prime. Les deux sociétés étaient des émetteurs assujettis cotés à la Bourse de Vancouver et étaient régies par les règles et politiques de la Bourse en matière de divulgation publique de renseignements et de fixation du prix des options. Elles devaient se conformer aux exigences d'information continue et occasionnelle énoncées à l'art. 67 de la *Securities Act* et aux dispositions sur les opérations d'initiés prévues à l'art. 68. La British Columbia Securities Commission applique la Loi et assure le respect de ses exigences. Elle réglemente aussi la Bourse.

Au printemps 1990, le Superintendent of Brokers (l'administrateur en chef de la Commission) a intenté des poursuites contre les intimés relativement à diverses opérations conclues entre les mois de juillet et d'octobre 1989. Le surintendant soutenait que les intimés avaient contrevenu aux exigences en matière d'information occasionnelle et aux dispositions relatives aux opérations d'initiés en ce qui concerne trois catégories d'opérations attaquées: les résultats de forage et les options d'achat d'actions, le placement privé, et le retrait d'ALC. La mise en place d'une «muraille de Chine» a empêché les intimés de connaître les résultats de forage.

Dans la première catégorie, Prime ou Calpine aurait omis de divulguer tous les changements importants dans quatre opérations en ce sens que les résultats de forage ont été divulgués après que la société eut accordé de nouvelles options d'achat d'actions ou fixé un nouveau prix d'exercice d'options antérieures. Dans le cas de la

of assay results, allegedly violated a pricing formula under the VSE options policy.

The second series of impugned transactions involved the private placement of Calpine units. Calpine allegedly failed to disclose, contrary to s. 67, that Prime was the purchaser and that the sale significantly increased Prime's interest in Calpine. It was also alleged that Calpine had misled the VSE as to the firm brokering the private placement.

The third impugned transaction occurred when a broker disputed its contractual obligation either to find a purchaser or to buy a set number of Prime units on offer following the withdrawal of a firm (ALC) from a deal to purchase them. Prime was alleged to have violated s. 67 by not making timely and adequate disclosure of the dispute following ALC's withdrawal.

The Commission concluded that the respondents contravened s. 67 of the Act by failing to disclose material changes in their affairs. No insider trading contrary to s. 68 of the Act was found, however. The respondents were found responsible for these breaches as senior managers of the companies, were suspended from trading in shares for one year and were required to pay part of the costs incurred by the Commission and Superintendent. Respondents' appeal was limited to whether the Commission had erred as a matter of law in its conclusions on s. 67 (disclosure of material change), s. 144 (power of Commission to make orders) and s. 154.2 (power of Commission to make orders regarding costs) of the Act. The Court of Appeal allowed the appeal and set aside the Commission's orders. The Superintendent and the Commission now appeal from that decision.

These appeals dealt mainly with the appropriate standard of review for an appellate court reviewing a decision of a securities commission which is not protected by a privative clause when there exists a statutory right of appeal and where the case turns on a question of statutory interpretation. The appeals also raised issues of

cinquième opération concernant les options, quoique réalisée après un communiqué détaillé des résultats de titrage, il y aurait eu mauvaise utilisation de la formule de calcul du prix en vertu de la politique de la Bourse relative aux options.

La deuxième série d'opérations attaquées a trait au placement privé des unités de Calpine. Celle-ci aurait omis de divulguer, en contravention de l'art. 67, que Prime était l'acheteur et que la vente allait sensiblement accroître la participation de Prime dans Calpine. On a aussi soutenu que Calpine avait induit la Bourse en erreur relativement à la firme de courtage chargée d'effectuer le placement privé.

La troisième opération attaquée s'est produite lorsqu'un courtier a contesté qu'il était contractuellement tenu de trouver un acheteur ou d'acheter un certain nombre d'unités de Prime sur le marché à la suite du retrait d'une firme (ALC) qui s'était engagée à les acheter. On a soutenu que Prime aurait contrevenu à l'art. 67 en omettant de divulguer en temps opportun et de façon appropriée l'existence d'un différend à la suite du retrait d'ALC.

La Commission a conclu que les intimés avaient enfreint l'art. 67 de la Loi en omettant de divulguer des changements importants survenus dans leurs affaires. Cependant, à son avis, ils n'avaient pas enfreint l'art. 68 de la Loi, qui vise les opérations d'initiés. En tant que cadres supérieurs des sociétés, les intimés ont été jugés responsables de ces contraventions; la Commission leur a interdit de faire des opérations sur des actions pendant une période d'un an et elle leur a ordonné de payer une part des dépens de la Commission et du surintendant. L'appel des intimés devait seulement viser à déterminer si la Commission avait commis une erreur de droit dans ses conclusions relatives à l'art. 67 (divulgence d'un changement important), à l'art. 144 (pouvoir de la Commission de rendre des ordonnances) et à l'art. 154.2 (pouvoir de la Commission de rendre des ordonnances quant aux dépens) de la Loi. La Cour d'appel a accueilli l'appel et annulé les ordonnances de la Commission. Le surintendant et la Commission se pourvoient maintenant contre cette décision.

Les présents pourvois portent principalement sur la norme de contrôle applicable à une cour d'appel siégeant en révision d'une décision d'une commission des valeurs mobilières qui n'est pas protégée par une clause privative, lorsque la loi prévoit un droit d'appel et que le litige vise une question d'interprétation des lois. Les pourvois soulèvent aussi des questions de respect des

compliance with the timely disclosure requirements under applicable securities legislation.

Held: The appeals should be allowed.

The *Securities Act* is part of a much larger framework which regulates the securities industry throughout Canada primarily for the protection of the investor but also for capital market efficiency and ensuring public confidence in the system.

The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. The analysis must consider the tribunal's role or function, whether the agency's decisions are protected by a privative clause, and whether the question goes to the tribunal's jurisdiction. The courts have developed a spectrum that ranges from the standard of patent unreasonableness (where deference is at its highest, for example, where a tribunal is protected by a privative clause in deciding a matter within its jurisdiction) to that of correctness (where deference is at its lowest, for example, where there is a statutory right of appeal or where the issue concerns the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction). The case at bar falls between these two extremes. On one hand lies a statutory right of appeal pursuant to s. 149 of the *Securities Act*. On the other lies an appeal from a highly specialized tribunal on an issue which arguably goes to the core of its regulatory mandate and expertise. Even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise.

The breadth of the Commission's expertise and specialisation is reflected in the provisions of the *Securities Act*. The Commission is responsible for the administration of the Act, has broad powers with respect to investigations, audits, hearings and orders, and any decision, when filed in the Supreme Court of British Columbia Registry, has the force and effect of a decision of that court. The Commission has the power to revoke or vary any of its decisions. It also has a very broad discretion to determine what is in the public's interest. The definitions in the Act exist in a factual or regulatory context and must be analysed in context, not in isolation.

exigences en matière d'information occasionnelle en vertu des dispositions législatives applicables aux valeurs mobilières.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

La *Securities Act* s'inscrit dans le cadre d'un régime de réglementation beaucoup plus vaste de l'industrie des valeurs mobilières au Canada, visant avant tout à protéger l'investisseur, mais aussi à assurer le rendement du marché des capitaux et la confiance du public dans le système.

Dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré compétence au tribunal administratif. Cette analyse doit porter sur le rôle ou la fonction du tribunal, viser à savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative et si la question touche la compétence du tribunal concerné. Les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable (qui appelle la plus grande retenue, par exemple, dans les cas où un tribunal protégé par une clause privative rend une décision relevant de sa compétence), à celle de la décision correcte (où l'on est tenu à une moins grande retenue, par exemple, dans les cas où la question en litige porte sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal). Le présent pourvoi se situe entre ces deux extrêmes. D'une part, il existe un droit d'appel conformément à l'art. 149 de la *Securities Act*. D'autre part, il s'agit d'un appel contre la décision d'un tribunal très spécialisé sur une question qui, peut-on soutenir, touche directement le mandat et l'expertise que lui confère le texte réglementaire. Même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise.

La *Securities Act* fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la Commission. Celle-ci est responsable de l'application de la Loi et possède de vastes pouvoirs en matière d'enquêtes, de vérifications, d'audiences et d'ordonnances; en outre, toute décision de la Commission déposée au greffe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique est exécutoire comme décision de cette cour. La Commission a le pouvoir de révoquer ou de modifier ses décisions. Elle possède également un très vaste pouvoir discrétionnaire dans la détermination de ce qui constitue l'intérêt public. Les définitions dans la Loi sont présentées dans un contexte

tion. This is yet another basis for curial deference. A higher degree of judicial deference is also warranted with respect to a tribunal's interpretation of the law where it plays a role in policy development. Here, the Commission's primary role is to administer and apply the Act. It also plays a policy development role but its policies are not to be treated as legal pronouncements absent statutory authority mandating such treatment. Thus, on precedent, principle and policy, those decisions of the Commission falling within its expertise generally warrant judicial deference.

Sections 67, 144 and 154.2 of Act were specifically considered with an eye to the tribunal's expertise and its need for deference. The decision to make an order and the precise nature of that order, under s. 144, as well as any decision obliging a person to pay the costs of a hearing necessitated by his or her conduct, pursuant to s. 154.2, are clearly within the jurisdiction and expertise of the Commission. The other provision at issue was s. 67 which involves an interpretation of the words "material change" and "as soon as practicable".

Both "material change" and "material fact" are defined in s. 1 of the Act. They are defined in terms of the significance of their impact on the market price or value of the securities of an issuer. The definition of "material fact" is broader than that of "material change"; it encompasses any fact that can "reasonably be expected to significantly affect" the market price or value of the securities of an issuer, and not only changes "in the business, operations, assets or ownership of the issuer" that would reasonably be expected to have such an effect.

This case turned partly on the definition of "material change". Three elements emerge from that definition: the change must be (a) "in relation to the affairs of an issuer", (b) "in the business, operations, assets or ownership of the issuer" and (c) material, i.e., would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of the securities of the issuer. Not all changes are material changes; the latter are set in the context of making sure that issuers keep investors up to date. The determination of what information should be

de nature factuelle ou réglementaire et doivent être analysées en contexte et non pas séparément. C'est là un autre motif de faire preuve de retenue judiciaire. Lorsqu'un tribunal participe à l'établissement de politiques, il faut également faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de son interprétation de la loi. En l'espèce, la Commission a pour rôle principal d'appliquer la Loi. Elle participe aussi à l'établissement de politiques, mais ses politiques ne peuvent être considérées comme ayant le statut de loi, en l'absence d'un pouvoir à cet effet prévu dans la loi. Par conséquent, compte tenu des précédents, des principes et des politiques, il faut généralement faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des décisions que la Commission rend à l'intérieur de sa sphère de compétence.

Les articles 67, 144 et 154.2 de la Loi ont été spécifiquement examinés en fonction de la compétence du tribunal et de la nécessité de faire preuve de retenue à l'égard de ses décisions. La Commission possède clairement toute la compétence et l'expertise nécessaires lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance et d'en préciser la nature, conformément à l'art. 144, et d'obliger une personne à payer, conformément à l'art. 154.2, les dépens d'une audience à laquelle sa conduite a donné lieu. L'autre disposition en cause est l'art. 67, qui soulève la question de l'interprétation des expressions «changement important» et «dès que possible».

L'article premier de la Loi définit les expressions «changement important» et «fait important». Ces expressions sont définies en fonction de l'importance de l'effet du changement ou du fait sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières d'un émetteur. La définition de l'expression «fait important» est plus large que celle de «changement important»; un «fait important» s'entend de tout fait «dont il est raisonnable de s'attendre» qu'il aura «un effet appréciable» sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières d'un émetteur, et non seulement des changements dans «[l]es activités commerciales, [l']exploitation, [l]es éléments d'actif ou [l]a propriété» de l'émetteur, dans les cas où il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un tel effet.

Le présent pourvoi porte en partie sur la définition de l'expression «changement important». Trois éléments se dégagent de cette définition: le changement, a) «[d]ans le contexte des affaires d'un émetteur», b) «s'entend d'un changement dans ses activités commerciales, son exploitation, ses éléments d'actif ou sa propriété» et c) doit être important, c'est-à-dire qu'il doit être raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de l'émetteur. Ce ne sont pas tous les changements qui sont des chan-

disclosed is an issue which goes to the heart of the regulatory expertise and mandate of the Commission, i.e., regulating the securities markets in the public's interest.

This case also turns on the meaning of the words "as soon as practicable", in s. 67 of the Act, as to when a material change should be disclosed to the public. The timeliness of disclosure also falls within the Commission's regulatory jurisdiction.

Given the nature of the securities industry, the Commission's specialization of duties and policy development role, and the nature of the problem before the court, considerable deference was warranted in the present case notwithstanding the facts that there was a statutory right of appeal and that there was no privative clause.

The determination of what constitutes a material change for the purposes of general disclosure under s. 67 of the Act falls squarely within the regulatory mandate and expertise of the Commission. New information relating to a mining property (which is an asset) bears significantly on the question of that property's value. A change in assay and drilling results can amount to a material change as was the case here.

The obligation to disclose "as soon as practicable" takes on a different meaning when an issuer is about to engage in a securities transaction. Although a duty to inquire is not expressly stated in s. 67, such an interpretation contextualizes the general obligation to disclose material changes and guarantees the fairness of the market, which is the underlying goal of the Act. The Commission had jurisdiction to interpret s. 67 in this manner and was entitled to the court's deference.

A duty to inquire under s. 67 is not incompatible with the Act's insider trading provision (s. 68). If an issuer wishes to engage in a securities transaction, its directors must inquire about all material changes in the issuer's affairs. Consequently, the directors will have, at one point in time, knowledge of undisclosed material facts and material changes which constitute inside information. As long as the material facts and material changes are adequately disclosed prior to the transaction, there

gements importants; la divulgation des changements importants a pour but de veiller à ce que les émetteurs tiennent les investisseurs au courant. La détermination des renseignements à divulguer est une question qui touche directement l'expertise et le mandat de la Commission, soit la réglementation du marché des valeurs mobilières dans l'intérêt public.

Le présent pourvoi porte aussi sur l'interprétation de l'expression «dès que possible» à l'art. 67 de la Loi, c'est-à-dire le moment où un changement important doit être divulgué au public. La détermination de cette question relève également de la compétence de la Commission en matière de réglementation.

Compte tenu de la nature de l'industrie des valeurs mobilières, des fonctions spécialisées de la Commission, de son rôle en matière d'établissement de politiques et de la nature du problème en cause, il y avait lieu de faire preuve en l'espèce d'une grande retenue malgré le droit d'appel prévu par la loi et l'absence d'une clause privative.

La détermination de ce qui constitue un changement important pour les fins de divulgation générale en vertu de l'art. 67 de la Loi est une question qui relève directement du mandat et de l'expertise de la Commission en matière de réglementation. Tout nouveau renseignement sur les propriétés minières (un élément d'actif) a une incidence importante sur la question de leur valeur. Un changement dans les résultats de titrage et de forage peut constituer un changement important, comme c'était le cas en l'espèce.

L'obligation de divulguer «dès que possible» prend un sens tout à fait différent si un émetteur est sur le point de conclure une opération sur valeurs mobilières. Bien que l'art. 67 ne précise pas explicitement une obligation de s'enquérir, une telle interprétation permet de placer dans son contexte l'obligation générale de divulgation de tout changement important et de garantir l'équité du marché, objet sous-jacent de la Loi. Il relevait de la compétence de la Commission d'interpréter l'art. 67 de cette façon et elle était en droit de s'attendre à une certaine retenue à cet égard.

L'obligation de s'enquérir en vertu de l'art. 67 n'est pas incompatible avec la disposition de la Loi sur les opérations d'initiés (art. 68). Si un émetteur souhaite participer à une opération sur valeurs mobilières, ses administrateurs doivent s'enquérir de tout changement important dans ses affaires. Par conséquent, les administrateurs seront, à un moment donné, au courant de faits importants non divulgués et de changements importants qui constituent des renseignements d'initiés. Dans la

will be no possibility of insider trading. The directors' duty to inquire about material changes is not erased by the erection of a Chinese Wall because the disclosure requirements under s. 67 are on the issuer.

Each of the Commission's findings were supported by overwhelming evidence and should not be disturbed. The Commission concluded that information contained in drilling results can constitute a material change in a reporting issuer's affairs and that s. 67 imposes a duty on senior management to inquire as to the existence of material changes before causing a reporting issuer to engage in a securities transaction. It found that the respondents breached s. 67 by failing to disclose various material changes in the affairs of Prime and Calpine before causing these two companies to engage in securities transactions. The Commission also concluded that the non-disclosure of information concerning the private placement issue and the withdrawal of ALC constituted a failure to disclose a material change. Although the material change arising from the controversy surrounding the withdrawal of ALC was self-evident, not all material changes are self-evident.

Section 144 of the Act gives the Commission a broad discretion to make orders that it considers to be in the public interest. Thus, a reviewing court should not disturb an order of the Commission unless the Commission has made some error in principle in exercising its discretion or has exercised its discretion in a capricious or vexatious manner.

The Commission exercised its discretion in a judicial manner. Further, it could make the orders it did with respect to the respondents even though the duty to make timely disclosure under s. 67 of the Act applies to a "reporting issuer". Although responsibility for timely disclosure is vested in the reporting issuer, effective responsibility rests with the senior officers and the directors of the reporting issuer. In addition, s. 144 of the Act not only gives the Commission a broad power to make orders it considers to be in the public interest but also confers upon the Commission the authority to make orders with respect to "a person". The Commission's

mesure où les faits importants et les changements importants sont divulgués comme il se doit avant l'opération, il n'y a pas de risque d'opérations d'initiés. L'établissement d'une muraille de Chine n'élimine pas l'obligation qu'ont les administrateurs de s'enquérir des changements importants, puisque c'est l'émetteur qui, en vertu de l'art. 67, doit respecter les exigences en matière de divulgation.

Il existe de nombreux éléments de preuve à l'appui de chacune des conclusions de la Commission et il n'y a pas lieu de les modifier. La Commission a conclu que les renseignements contenus dans les résultats de forage peuvent constituer un changement important dans les affaires d'un émetteur assujéti et que l'art. 67 impose aux cadres supérieurs une obligation de s'enquérir de l'existence de changements importants avant qu'un émetteur assujéti puisse participer à une opération sur valeurs mobilières. Elle a conclu que les intimés avaient contrevenu à l'art. 67 en omettant de divulguer divers changements importants dans les affaires de Prime et de Calpine avant que celles-ci prennent part à des opérations sur valeurs mobilières. La Commission a aussi conclu que la non-divulgaration de renseignements sur la question du placement privé et le retrait d'ALC constituaient une omission de divulguer un changement important. Bien que le changement important découlant de la controverse relative au retrait d'ALC ait été tout à fait évident, ce n'est pas le cas de tous les changements importants.

L'article 144 de la Loi donne à la Commission un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre les ordonnances qu'elle estime dans l'intérêt public. En conséquence, un tribunal qui siège en révision ne devrait pas modifier une ordonnance rendue par la Commission, sauf si celle-ci a commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou si elle l'a exercé d'une façon arbitraire ou vexatoire.

La Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière judiciaire. En outre, elle pouvait rendre les ordonnances en question contre les intimés même si l'obligation d'information occasionnelle prévue à l'art. 67 de la Loi est imposée à un «émetteur assujéti». Bien que l'obligation d'information occasionnelle soit imposée à l'émetteur assujéti, ce sont les cadres supérieurs et les administrateurs qui ont en fait cette responsabilité. Par ailleurs, l'art. 144 de la Loi confère à la Commission non seulement un vaste pouvoir de rendre les ordonnances qu'elle estime dans l'intérêt public mais aussi le pouvoir de rendre des ordonnances relativement à «une personne». La Commission avait toute la compétence

order with respect to costs was well within its jurisdiction; considerable deference was in order.

requis pour rendre l'ordonnance quant aux dépens. C'est pourquoi il y avait lieu de faire preuve d'une grande retenue.

Cases Cited

Referred to: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Pacific Coast Coin Exchange v. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 S.C.R. 112; *Four Star Mgmt. Ltd. v. B.C. Securities Comm.* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 195, leave to appeal refused *sub nom. Williams (Byron Leslie) v. British Columbia Securities Comm.*, [1991] 1 S.C.R. xv; *Gordon Capital Corp. v. Ontario Securities Commission* (1991), 14 O.S.C.B. 2713; *Re the Securities Commission and Mitchell*, [1957] O.W.N. 595; *Bay Street West Securities (1983) Inc. v. Alberta Securities Commission* (1984), 56 A.R. 19.

Statutes and Regulations Cited

Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, ss. 1, 255, 267, 272. *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, ss. 1(1) "material change", "material fact", 14(1), (2), 44(1) [am. 1989, c. 78, s. 16], 45(2) [am. 1989, c. 78, s. 16], 47(1), (2), 48(1) [am. 1989, c. 58, s. 12], 49(1) [am. 1989, c. 78, s. 20], 50(1), 67, 68 [rep. & sub. 1989, c. 78, s. 25], 144(1)(a) [rep. & sub. 1989, c. 78, s. 39], (b) [rep. & sub. 1989, c. 78, s. 39], (c) [rep. & sub. 1989, c. 78, s. 39, am. 1990, c. 25, s. 49], (d) [rep. & sub. 1989, c. 78, s. 39], 149(a) [rep. & sub. 1989, c. 78, s. 43, am. 1992, c. 52, s. 27], (b) [rep. & sub. 1989, c. 78, s. 43], (c) [ad. 1992, c. 52, s. 27], 154.2 [ad. 1988, c. 58, s. 25].

a Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Pacific Coast Coin Exchange c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [1978] 2 R.C.S. 112; *Four Star Mgmt. Ltd. c. B.C. Securities Comm.* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 195, autorisation de pourvoi refusée *sub nom. Williams (Byron Leslie) c. British Columbia Securities Comm.*, [1991] 1 R.C.S. xv; *Gordon Capital Corp. c. Ontario Securities Commission* (1991), 14 O.S.C.B. 2713; *Re the Securities Commission and Mitchell*, [1957] O.W.N. 595; *Bay Street West Securities (1983) Inc. c. Alberta Securities Commission* (1984), 56 A.R. 19.

e

Lois et règlements cités

Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 1, 255, 267, 272. *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 1(1) «changement important», «fait important», 14(1), (2), 44(1) [mod. 1989, ch. 78, art. 16], 45(2) [mod. 1989, ch. 78, art. 16], 47(1), (2), 48(1) [mod. 1989, ch. 58, art. 12], 49(1) [mod. 1989, ch. 78, art. 20], 50(1), 67, 68 [abr. & rempl. 1989, ch. 78, art. 25], 144(1)a [abr. & rempl. 1989, ch. 78, art. 39], b) [abr. & rempl. 1989, ch. 78, art. 39], c) [abr. & rempl. 1989, ch. 78, art. 39, mod. 1990, ch. 25, art. 49], d) [abr. & rempl. 1989, ch. 78, art. 39], 149a [abr. & rempl. 1989, ch. 78, art. 43, mod. 1992, ch. 52, art. 27], b) [abr. & rempl. 1989, ch. 78, art. 43], c) [aj. 1992, ch. 52, art. 27], 154.2 [aj. 1988, ch. 58, art. 25].

Authors Cited

Alboini, Victor P. *Securities Law and Practice*, 2nd ed., vol. 2 (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1984.
 Johnston, David L. *Canadian Securities Regulation*. Toronto: Butterworths, 1977.
 Stevens, George C. and Stephen D. Wortley. "Murray Pezim in the Court of Appeal: Draining the Lifeblood from Securities Regulation" (1992), 26 *U.B.C. L. Rev.* 331.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 257, 96 D.L.R. (4th) 137, 24 W.A.C. 1, allowing an appeal from an order of the British Columbia Securities Commission. Appeals allowed.

M. J. Gregory Walsh and Catharine M. Esson, for the appellant the Superintendent of Brokers.

John L. Finlay and Susan E. Ross, for the appellant the British Columbia Securities Commission.

Alan J. Lenczner, Q.C., and *Winton K. Derby, Q.C.*, for the respondents.

Deborah K. Lovett, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Stephen T. Goudge, Q.C., and *Sandra Forbes*, for the intervener the Ontario Securities Commission.

Frances L. Zinger and Glenda A. Campbell, for the intervener the Alberta Securities Commission.

Bryan Finlay, Q.C., and *Philip Anisman*, for the intervener the Securities Dealers Society of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — These appeals (hereinafter referred to in the singular) deal mainly with the appropriate standard of review for an appellate court reviewing a decision of a securities commission which is not protected by a privative clause when there exists a statutory right of appeal and where the case turns on a question of statutory

Doctrine citée

Alboini, Victor P. *Securities Law and Practice*, 2nd ed., vol. 2 (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1984.
 Johnston, David L. *Canadian Securities Regulation*. Toronto: Butterworths, 1977.
 Stevens, George C. and Stephen D. Wortley. «Murray Pezim in the Court of Appeal: Draining the Lifeblood from Securities Regulation» (1992), 26 *U.B.C. L. Rev.* 331.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 257, 96 D.L.R. (4th) 137, 24 W.A.C. 1, qui a accueilli un appel contre une ordonnance de la British Columbia Securities Commission. Pourvois accueillis.

M. J. Gregory Walsh et Catharine M. Esson, pour l'appelant le Superintendent of Brokers.

John L. Finlay et Susan E. Ross, pour l'appelante la British Columbia Securities Commission.

Alan J. Lenczner, c.r., et *Winton K. Derby, c.r.*, pour les intimés.

Deborah K. Lovett, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Stephen T. Goudge, c.r., et *Sandra Forbes*, pour l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

Frances L. Zinger et Glenda A. Campbell, pour l'intervenante l'Alberta Securities Commission.

Bryan Finlay, c.r., et *Philip Anisman*, pour l'intervenante la Securities Dealers Society of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Les présents pourvois (ci-après mentionnés au singulier) portent principalement sur la norme de contrôle applicable à une cour d'appel siégeant en révision d'une décision d'une commission des valeurs mobilières qui n'est pas protégée par une clause privative, lorsque la loi prévoit un droit d'appel et que le litige vise une

interpretation. The appeal also raises issues of compliance with the timely disclosure requirements under applicable securities legislation.

I. Facts

At the relevant time, the respondents were directors and senior managers of Prime Resources Corporation ("Prime"), a company which headed a large corporate network which consisted of Prime, various wholly owned subsidiaries, and Prime's "managed companies", a group of about 50 public junior resource companies controlled and managed by Prime. Murray Pezim was the chairperson of Prime's board of directors and was responsible for promoting and arranging financing for Prime and the managed companies. Lawrence Page was Prime's vice president and was responsible for administration within Prime and for liaison with Prime's outside legal counsel. Finally, John Ivany was president and chief executive officer of Prime. He was also responsible for the overall direction of Prime and played a role in raising financing for the corporation.

One of Prime's managed companies was Calpine Resources Inc. ("Calpine"), which was involved in mineral exploration and development in northern British Columbia. Prime held 23 percent of Calpine's common shares. The respondents were also directors of Calpine.

Both Prime and Calpine were incorporated under the *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59 (as amended), and were reporting issuers whose common shares were listed for trading on the Vancouver Stock Exchange ("VSE"). As such, they were subject to the VSE's rules and policies concerning such matters as public disclosure of information and pricing of options. They were also subject to the continuing and timely disclosure requirements under s. 67 of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83 (as amended) (the "Act"), which required disclosure of "material changes" in the affairs of a reporting issuer as soon as practicable, as well as the insider trading provisions under s. 68 of the

question d'interprétation des lois. Le pourvoi soulève aussi des questions de respect des exigences en matière d'information occasionnelle en vertu des dispositions législatives applicables aux valeurs mobilières.

I. Les faits

À l'époque en cause, les intimés étaient administrateurs et cadres supérieurs de Prime Resources Corporation («Prime»), société qui dirigeait un vaste réseau de sociétés composé de Prime, de diverses filiales en propriété exclusive et des «sociétés gérées», un groupe d'environ 50 petites sociétés minières contrôlées et gérées par Prime. Murray Pezim était président du conseil d'administration et avait la responsabilité de promouvoir et d'organiser le financement de Prime et de ses sociétés gérées. Lawrence Page était vice-président et était responsable de l'administration interne de Prime et des rapports avec ses conseillers juridiques externes. Enfin, John Ivany était président et directeur général. Il était responsable de l'ensemble de la direction de Prime et participait à l'obtention du financement pour la société.

L'une des sociétés gérées de Prime était Calpine Resources Inc. («Calpine»), qui œuvrait dans le domaine de l'exploration et de la mise en valeur du minerai dans le nord de la Colombie-Britannique. Prime détenait 23 pour 100 des actions ordinaires de Calpine. Les intimés étaient aussi administrateurs de Calpine.

Prime et Calpine ont été constituées en personne morale en vertu de la *Company Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 59 (modifiée), et elles étaient des émetteurs assujettis dont les actions ordinaires étaient officiellement cotées à la Bourse de Vancouver («la Bourse»). Elles se trouvaient en conséquence régies par les règles et politiques de la Bourse en matière de divulgation publique de renseignements et de fixation du prix des options. Elles devaient également se conformer d'une part, aux exigences d'information continue et occasionnelle énoncées à l'art. 67 de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83 (modifiée) (la «Loi»), qui prévoit la divulgation dès que possible d'un «changement important»

Act. The British Columbia Securities Commission ("the Commission"), which is established by the Act, is charged with administering the Act and ensuring compliance with the requirements of the Act, as well as regulating the VSE.

In the spring of 1990, the Superintendent of Brokers ("Superintendent"), the chief administrative officer of the Commission, instituted proceedings against the respondents in connection with various types of transactions which occurred between July and October, 1989. The Superintendent alleged that the respondents had violated the timely disclosure provisions found in s. 67 of the Act, as well as the insider trading provisions found in s. 68. As a matter of convenience, the impugned transactions have been divided into three categories: the drilling results and share options transactions, the private placement, and the so-called ALC withdrawal. Each of these will be discussed in turn.

A. The Drilling Results and Share Options Transactions

In September 1988, Calpine announced the commencement of drilling on a property known as "Eskay Creek". On May 18, 1989, Calpine announced another drilling program on the same property for the summer of 1989.

Prime Explorations Ltd., one of Prime's wholly owned subsidiaries, was engaged to provide consulting and management services for the project. David Mallo, a staff geologist employed by Prime Explorations, was appointed manager of the Eskay Creek project and prepared regular written reports on the progress of the project. These reports, which contained information on the activity at the camp, as well as visual descriptions and ratings of the holes drilled since the last report, were sent to the president of Prime Explorations, Chet Idziszek, an experienced geologist. Idziszek was responsible for implementing and carrying out a system to compile the drilling and assay results, to ensure the confidentiality of the results, and to determine the time when public disclosure of the results was

survenu dans les affaires d'un émetteur assujéti, et d'autre part, aux dispositions sur les opérations d'initiés prévues à l'art. 68 de la Loi. La British Columbia Securities Commission («la Commission»), constituée par la Loi, a le mandat d'appliquer celle-ci, d'assurer le respect de ses exigences et de réglementer la Bourse.

Au printemps 1990, le Superintendent of Brokers («le surintendant»), administrateur en chef de la Commission, a intenté des poursuites contre les intimés relativement à diverses opérations conclues entre les mois de juillet et d'octobre 1989. Le surintendant soutenait que les intimés avaient contrevenu aux exigences en matière d'information occasionnelle prévues à l'art. 67 de la Loi, et aux dispositions relatives aux opérations d'initiés visées à l'art. 68. Par souci de commodité, les opérations attaquées ont été divisées en trois catégories: les résultats de forage et les options d'achat d'actions, le placement privé et ce que l'on a appelé le retrait d'ALC. Chacune de ces opérations sera examinée séparément.

A. Les résultats de forage et les options d'achat d'actions

En septembre 1988, Calpine a annoncé le début de travaux de forage sur un terrain appelé «Eskay Creek». Le 18 mai 1989, Calpine a annoncé un autre programme de forage sur le même terrain au cours de l'été 1989.

Prime Explorations Ltd., l'une des filiales en propriété exclusive de Prime, a été engagée pour la prestation des services de consultation et de gestion du projet. David Mallo, géologue faisant partie du personnel de Prime Explorations, a été nommé gérant du projet d'Eskay Creek et devait rédiger des rapports périodiques sur l'état d'avancement du projet. Ces rapports renfermaient des renseignements sur l'activité au camp, des descriptions visuelles et des analyses des trous forés depuis le dernier rapport, et étaient ensuite envoyés au président de Prime Explorations, Chet Idziszek, un géologue d'expérience. Idziszek était chargé de mettre sur pied et d'exploiter un système de compilation de résultats de forage et de titrage; il devait aussi assurer la confidentialité des résul-

required. Idziszek also erected a "Chinese Wall" to prevent the non-geological officers of Prime Explorations, including the respondents, from having actual knowledge of the drilling results before they were released to the public.

Early in the first program, that is in the fall of 1988, news releases had been issued to disclose the drilling results from a single hole or even a partial hole. However, by the summer of 1989, the practice was to release results about every two weeks covering several holes.

During the summer program, the drilling concentrated on two zones of mineralization, known as the 21A zone and the 21B zone. Several holes were drilled including holes 71, 93, 101 and 109. During this period, share options were granted and news releases were issued.

The first disclosure on the summer program occurred in a news release, dated June 20, 1989, to announce the commencement of the drilling activity. Five subsequent news releases were issued on July 13, 19, August 2, 15 and 22. The first four of these five news releases were issued after, rather than before, Calpine and Prime granted new share options or reduced the price of previously issued options in favour of directors (including the respondents) and employees. The fifth news release was issued before the fifth impugned share options transaction. As a matter of convenience, I set out the following chronology of events which relate to the five share options transactions and news releases:

Date

Event

July 11/12, 1989 Idziszek and Mallo visit the drill camp and are very impressed with their visual observations. A new zone of mineralization is identified and Mallo states that

tats et déterminer quand ils devaient être rendus publics. Idziszek a aussi érigé une «muraille de Chine» pour empêcher le personnel non géologue de Prime Explorations, y compris les intimés, de connaître les résultats de forage avant qu'ils soient divulgués au public.

Au début du premier programme, à l'automne 1988, on publiait des communiqués sur les résultats obtenus pour un seul trou de forage ou même un trou non complété. Cependant, à l'été 1989, on avait pris l'habitude de publier environ toutes les deux semaines des résultats pour plusieurs trous de forage.

Au cours du programme d'été, les travaux de forage ont surtout été réalisés dans deux zones minéralisées, la zone 21A et la zone 21B. Il y a eu forage de plusieurs trous, dont les trous 71, 93, 101 et 109. Au cours de cette période, des options d'achat d'actions ont été accordées et des communiqués publiés.

La première information relative au programme d'été a été divulguée dans un communiqué en date du 20 juin 1989, dans lequel on annonçait le début des travaux de forage. Par la suite, il y a eu cinq autres communiqués: les 13 et 19 juillet, et les 2, 15 et 22 août. Les quatre premiers ont été publiés après (et non avant) que Calpine et Prime eurent accordé de nouvelles options d'achat d'actions aux administrateurs (y compris les intimés) et aux employés ou leur eurent consenti une réduction du prix d'exercice d'options antérieures. Le cinquième communiqué a été publié avant la cinquième opération d'options d'achat d'actions qui est attaquée. Par souci de commodité, je présente la chronologie des événements entourant les cinq opérations en question et la publication des communiqués:

Date

Événement

11 et 12 juillet 1989 Idziszek et Mallo visitent le camp de forage et sont très impressionnés par ce qu'ils voient. On découvre une nouvelle zone minéralisée

	there is a very good chance that the reserves are doubling.			et Mallo dit qu'il y a de très bonnes chances que les réserves doublent.
July 12, 1989	Calpine grants options on 100,000 of its common shares to the Calpine Employee Plan at a price of \$1.44 per share, the previous close being \$1.63 per share.	<i>a</i>	12 juillet 1989	Dans le cadre du régime des employés, Calpine accorde des options sur 100 000 de ses actions ordinaires, au coût de 1,44 \$ l'action, par rapport à un cours de clôture de 1,63 \$ l'action.
July 13, 1989	A news release is issued describing the location of the drilling. The assay results for the first hole, hole 71, are ready but they are not disclosed in the news release.	<i>b</i>	13 juillet 1989	Un communiqué est publié dans lequel est décrit le lieu du forage. Les résultats de titrage pour le premier trou, le trou 71, sont prêts, mais ne sont pas divulgués dans le communiqué.
July 19, 1989	Calpine issues a news release disclosing the first assay results from the summer drilling program.	<i>c</i>	19 juillet 1989	Calpine publie un communiqué divulguant les premiers résultats de titrage obtenus dans le cadre du programme de forage de l'été.
July 26, 1989	While reviewing the daily fax sent from the drill camp, Mallo finds out that hole 109 is out of the ordinary. Mallo receives chip samples from hole 109 and has assays done on them. At least one of the samples shows very high gold and silver values.	<i>d</i>	26 juillet 1989	En examinant la télécopie reçue quotidiennement du camp de forage, Mallo constate que les données pour le trou 109 sont exceptionnelles. Il reçoit des échantillons d'éclats pour le trou 109 et les fait analyser. Au moins un de ces échantillons indique une teneur très élevée en or et en argent.
July 28, 1989	While on vacation, Idziszek is advised that visible gold has been discovered in hole 109. He immediately phones the respondent Ivany to advise him of the discovery. He then calls Mallo who informs him of the results of the chip sample assays for hole 109.	<i>e</i>	28 juillet 1989	Pendant ses vacances, Idziszek est informé que l'on a découvert de l'or visible dans le trou 109. Il téléphone immédiatement à l'intimé Ivany pour l'informer de la découverte. Il appelle ensuite Mallo qui l'informe des résultats de titrage des échantillons pour le trou 109.

July 31, 1989	In the morning, Calpine grants options on 100,000 of its common shares to Leslie MacConnell, a long-time associate of Pezim's, at a price of \$2.32 per share, the previous close being \$2.55. Idziszek and Mallo visit the drill camp, arriving about noon. After viewing the drill core and confirming the finding of visible gold, Idziszek phones Pezim at about 1:30 p.m. and informs him of the visible gold. In the late afternoon, Pezim signs and files a declaration in which he certifies that there are no undisclosed material changes in the affairs of Calpine.	31 juillet 1989	Dans la matinée, Calpine accorde à Leslie MacConnell, un associé de longue date de Pezim, des options sur 100 000 de ses actions ordinaires, au coût de 2,32 \$ l'action, par rapport à un cours de clôture de 2,55 \$. Vers midi, Idziszek et Mallo arrivent pour visiter le camp de forage. Après avoir examiné la carotte de forage et confirmé la présence d'or visible, Idziszek téléphone à Pezim vers 13 h 30 et l'informe de la découverte. En fin d'après-midi, Pezim signe et dépose une déclaration dans laquelle il atteste qu'il n'est survenu aucun changement important non divulgué dans les affaires de Calpine.
August 1, 1989	Idziszek and Mallo begin to prepare a news release and correlate the assay results that are in the office.	1 ^{er} août 1989	Idziszek et Mallo commencent à rédiger un communiqué et comparent les résultats de titrage qu'ils ont entre les mains.
August 2, 1989	At Pezim's request, trading in Calpine's shares is halted from 9:40 a.m. until 9:30 a.m. the following day. A news release is issued announcing the assay results for several more holes as well as the discovery of visible gold in hole 109.	2 août 1989	À la demande de Pezim, les opérations sur les actions de Calpine sont suspendues à partir de 9 h 40 jusqu'à 9 h 30 le lendemain. Un communiqué est publié annonçant les résultats de titrage pour plusieurs autres trous ainsi que la découverte d'or visible dans le trou 109.
August 14, 1989	The final gold and silver assays for holes 93 and 101 arrive. They included "very good numbers".	14 août 1989	On obtient les résultats définitifs des teneurs en or et en argent pour les trous 93 et 101. Les données sont très positives.
August 15, 1989	Prime reduces, to \$2.13 per share, the exercise price of	15 août 1989	Prime réduit à 2,13 \$ l'action le prix d'exercice des

options on 3,351,383 of its common shares already granted, the previous close being \$2.47. Most of these options are held by Senior Management of Prime, ^a including the respondents. In the afternoon, Calpine issues a news release disclosing the assay results for holes 93 and 101. ^b

options déjà accordées sur 3 351 383 de ses actions ordinaires, par rapport à un cours de clôture de 2,47 \$. La plupart de ces options sont détenues par les cadres supérieurs de Prime, dont les intimés. Dans l'après-midi, Calpine publie un communiqué renfermant les résultats de titrage pour les trous 93 et 101.

August 16, 1989 The final total gold assays for hole 109 arrive at Prime Explorations in the afternoon. ^c 16 août 1989

Prime Explorations reçoit dans l'après-midi les résultats définitifs de la teneur en or pour le trou 109.

August 17, 1989 Prime grants options on 125,000 of its common shares to Richard Warke and Murray Garrison, two Prime employees, at an exercise price of \$2.28 per share, the previous close being \$2.50. In the afternoon, Pezim signs and files a declaration in which he certifies that there are no undisclosed material changes in the affairs of Prime. ^d 17 août 1989 ^e ^f

Prime accorde à Richard Warke et Murray Garrison, deux employés de Prime, des options sur 125 000 actions ordinaires, à un coût de 2,28 \$ l'action, par rapport à un cours de clôture de 2,50 \$. Dans l'après-midi, Pezim signe et dépose une déclaration dans laquelle il atteste qu'il n'est survenu aucun changement important non divulgué dans les affaires de Prime.

August 22, 1989 Calpine issues a news release (dated August 21) disclosing a detailed description of the assay results for hole 109, as well as information on visual observations of nearby holes that had been subsequently drilled. ^g 22 août 1989 ^h

Calpine publie un communiqué (en date du 21 août) décrivant en détail les résultats de titrage pour le trou 109 et comprenant des renseignements sur les observations faites dans les trous voisins forés par la suite.

August 24, 1989 Calpine grants options on 100,000 of its common shares to the Calpine Employee Plan and to Norman Pezim, Murray Pezim's brother, at an exercise ⁱ 24 août 1989 ^j

Calpine accorde au régime des employés de Calpine et à Norman Pezim, frère de Murray Pezim, des options sur 100 000 de ses actions ordinaires, au coût de 4,78 \$

price of \$4.78 per share, the previous close being \$6.

l'action, par rapport à un cours de clôture de 6 \$ l'action.

B. *The Private Placement*

On July 14, 1989, Calpine issued a news release announcing a private placement for two million units; each unit was to consist of one Calpine common share and one Calpine share purchase warrant, which entitles the holder to purchase one Calpine common share. The fact that the purchaser or placee was Prime was not disclosed in the news release even though the sale would increase Prime's interest in Calpine from 23 to 36 percent of the outstanding Calpine common shares.

On July 17, 1989, the respondent Ivany sent a notice letter to the VSE concerning the private placement. Prime Equities Inc., a wholly owned subsidiary of Prime, was named as agent for the private placement, but the notice did not indicate the name of the placee.

During the period from July 14 to August 10, 1989, the respondent Pezim told certain brokers and investors who asked him that it was Prime, directly or indirectly, that was purchasing the private placement.

On August 10, 1989, the VSE was advised that the private placement would be taken down by an entity related to Prime and that Prime Equities would not be involved in the transaction. Prime issued a news release on that same day identifying Prime as the placee and announcing that it would close the private placement by August 18, 1989.

On August 18, 1989, Calpine filed the required declaration with the VSE in which the respondent Page certified that there were no undisclosed material changes in Calpine's affairs.

Although the private placement purportedly closed on August 18, 1989, the money was not paid or the shares issued until December of that year. On December 11, 1989, Prime issued a news

a B. *Le placement privé*

Le 14 juillet 1989, Calpine a publié un communiqué pour annoncer un placement privé de deux millions d'unités; chaque unité devait comprendre une action ordinaire de Calpine et un bon de souscription, conférant à son détenteur le droit d'acheter une action ordinaire de Calpine. Le communiqué ne mentionnait pas que l'acheteur était Prime, même si la vente devait faire passer la participation de Prime dans Calpine de 23 à 36 pour 100 des actions ordinaires en circulation de Calpine.

Le 17 juillet 1989, l'intimé Ivany a envoyé à la Bourse un avis concernant ce placement privé. Cet avis mentionnait que Prime Equities Inc., filiale en propriété exclusive de Prime, était le mandataire du placement privé, mais il n'indiquait pas le nom de l'acheteur.

Au cours de la période du 14 juillet au 10 août 1989, pour répondre à certains courtiers et investisseurs qui le lui avaient demandé, l'intimé Pezim a dit que Prime était, directement ou indirectement, l'acheteur du placement privé.

Le 10 août 1989, la Bourse a été informée que le placement privé serait pris par une entité apparentée à Prime et que Prime Equities ne participerait pas à l'opération. Prime a publié le même jour un communiqué dans lequel elle annonçait qu'elle était l'acheteur et que l'opération de placement privé serait terminée le 18 août 1989.

Le 18 août 1989, Calpine a déposé auprès de la Bourse la déclaration requise, dans laquelle l'intimé Page attestait qu'il n'était pas survenu de changements importants non divulgués dans les affaires de Calpine.

Bien que l'opération de placement privé ait apparemment été achevée le 18 août 1989, le paiement ou l'émission des actions n'ont pas eu lieu avant décembre de la même année. Le 11 décem-

release announcing that it had completed, on December 7, 1989, the purchase of four million shares of Calpine by way of a private placement.

C. *The ALC Withdrawal*

In September 1989, Prime made a public offering of five million units, at \$4.25 per unit, under a guaranteed agency agreement ("GAA") with three brokerage firms. Each unit was to consist of one Prime common share and one Prime share purchase warrant. Under the GAA, one of the brokerage firms, Canarim Investment Corporation Ltd. ("Canarim") guaranteed either to find purchasers or purchase itself four million units. An English company, Alexanders, Laing and Cruickshank Ltd. ("ALC"), entered into a deal with Canarim to buy one million Prime units. The deadline for payment under the GAA was September 29, 1989.

On September 25, 1989, Tim Hoare, a principal of ALC and a director of Prime, advised Canarim that ALC was withdrawing its purchase because it had not been adequately consulted on the price of the offering. Peter Brown, Canarim's chairperson and a director of Prime, called Pezim and told him there was a problem. Pezim told Brown to give ALC a delayed delivery contract and said he would talk to Hoare personally to convince him to take the units. Pezim also told Brown that Canarim would have to pay for the units, but indicated that Prime would try to help Canarim offset any loss through other business. On September 29, 1989, neither ALC nor Canarim paid for the unwanted one million units.

On October 16, 1989, Brown formally notified Prime that Canarim would not take down or pay for the one million Prime units. The withdrawal of Canarim was disclosed on October 19, 1989 in a planned news release intended to disclose a share swap between Prime and another company. Following this news release, Canarim came under pressure from the brokerage community to take

bre 1989, Prime a publié un communiqué pour annoncer qu'elle avait complété le 7 décembre 1989 l'achat de quatre millions d'actions de Calpine par voie de placement privé.

C. *Le retrait d'ALC*

En septembre 1989, Prime a fait un appel public à l'épargne relativement à cinq millions d'unités, à 4,25 \$ l'unité, en vertu d'une entente de représentation garantie («l'entente») conclue avec trois firmes de courtage. Chacune de ces unités devait comprendre une action ordinaire de Prime et un bon de souscription à des actions de Prime. En vertu de l'entente, une des firmes de courtage, Canarim Investment Corporation Ltd. («Canarim») s'était engagée à faire acheter ou à acheter elle-même quatre millions d'unités. Une compagnie anglaise, Alexanders, Laing and Cruickshank Ltd. («ALC»), a conclu un marché avec Canarim pour l'achat d'un million d'unités de Prime. Aux termes de l'entente, la date limite de paiement était le 29 septembre 1989.

Le 25 septembre 1989, Tim Hoare, mandant d'ALC et administrateur de Prime, a informé Canarim qu'ALC retirait son offre d'achat parce qu'elle n'avait pas été suffisamment consultée quant au prix d'émission. Peter Brown, président de Canarim et administrateur de Prime, a téléphoné à Pezim pour lui dire qu'il y avait un problème. Pezim a dit à Brown de donner à ALC un contrat de livraison différée et a ajouté qu'il parlerait personnellement à Hoare pour le convaincre de prendre les unités. Pezim a aussi dit à Brown qu'il faudrait que Canarim paie les unités, mais que Prime tenterait d'aider Canarim à compenser les pertes par d'autres opérations. Le 29 septembre 1989, ni ALC ni Canarim n'avaient payé le million d'unités non désirées.

Le 16 octobre 1989, Brown a officiellement averti Prime que Canarim ne prendrait ni ne paierait le million d'unités de Prime. Le retrait de Canarim a été divulgué le 19 octobre 1989 dans un communiqué planifié visant à divulguer un échange d'actions entre Prime et une autre société. Après le communiqué, les milieux de courtage ont insisté auprès de Canarim pour qu'elle accepte les

down the units. Accordingly, Canarim agreed to honour its obligation and advised Prime. This was disclosed by Prime in a news release on October 23, 1989.

Following a rather lengthy hearing relating to the three groups of impugned transactions described above, the Commission concluded that the respondents had contravened s. 67 of the Act by failing to disclose material changes in their affairs. However, no contravention of s. 68 of the Act, relating to improper insider trading, was found. The respondents were responsible for these breaches as senior managers of the companies and were suspended from trading in shares for a period of one year through the removal of their trading exemptions under the Act. Further, they were ordered to pay two-thirds of the costs incurred by the Commission and the Superintendent.

Pursuant to s. 149 of the Act, the respondents appealed to the British Columbia Court of Appeal. The order granting leave to appeal limited the appeal to the question of whether the Commission had erred as a matter of law in its conclusions on s. 67 (disclosure of material change), s. 144 (power of Commission to make orders) and s. 154.2 (power of Commission to make orders regarding costs) of the Act. The Court of Appeal allowed their appeal and set aside the orders of the Commission, Locke J.A. dissenting. The respondents were ordered to pay one tenth of the costs incurred by the Commission and the Superintendent. The Superintendent and the Commission now appeal from that decision.

II. Relevant Statutory Provisions

Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83 (am. S.B.C. 1988, c. 58, S.B.C. 1989, c. 78, S.B.C. 1990, c. 25 and S.B.C. 1992, c. 52):

unités. Canarim a donc accepté d'honorer son obligation et a informé Prime. Ce fait a été annoncé par Prime dans un communiqué le 23 octobre 1989.

Après une audience plutôt longue relativement aux trois groupes d'opérations contestées que j'ai déjà décrites, la Commission a conclu que les intimés avaient enfreint l'art. 67 de la Loi en omettant de divulguer des changements importants survenus dans leurs affaires. Cependant, à son avis, ils n'avaient pas enfreint l'art. 68 de la Loi, qui vise les opérations d'initiés. En tant que cadres supérieurs des sociétés, les intimés étaient responsables de ces contraventions; la Commission leur a interdit de faire des opérations sur des actions pendant une période d'un an, en leur retirant la possibilité de se prévaloir pendant cette période des exemptions prévues à leur égard par la Loi. Enfin, la Commission a aussi ordonné aux intimés de payer les deux tiers des dépens de la Commission et du surintendant.

Conformément à l'art. 149 de la Loi, les intimés ont interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Selon l'autorisation d'appel accordée, l'appel devait seulement viser à déterminer si la Commission avait commis une erreur de droit dans ses conclusions relatives à l'art. 67 (divulcation d'un changement important), à l'art. 144 (pouvoir de la Commission de rendre des ordonnances) et à l'art. 154.2 (pouvoir de la Commission de rendre des ordonnances quant aux dépens) de la Loi. La Cour d'appel a accueilli l'appel et annulé les ordonnances de la Commission; le juge Locke était dissident. Elle a ordonné aux intimés de payer un dixième des dépens de la Commission et du surintendant. Le surintendant et la Commission se pourvoient maintenant contre cette décision.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83 (mod. S.B.C. 1988, ch. 58, S.B.C. 1989, ch. 78, S.B.C. 1990, ch. 25 et S.B.C. 1992, ch. 52):

[TRADUCTION]

1. (1) In this Act

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

“material change” means, where used in relation to the affairs of an issuer, a change in the business, operations, assets or ownership of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer and includes a decision to implement that change made by

(a) senior management of the issuer who believe that confirmation of the decision by the directors is probable, or

(b) the directors of the issuer;

“material fact” means, where used in relation to securities issued or proposed to be issued, a fact that significantly affects, or could reasonably be expected to significantly affect, the market price or value of those securities;

67. (1) Where a material change occurs in the affairs of a reporting issuer, the reporting issuer shall

(a) as soon as practicable issue and file a press release that is authorized by a senior officer and that discloses the nature and substance of the change, and

(b) file a required report, as soon as practicable, but in any event no later than 10 days after the date on which the change occurs.

(2) Subsection (1) does not apply to a reporting issuer which immediately files the report required under subsection (1) (b) marked “confidential” together with written reasons why there should not be a press release under subsection (1) (a) so long as

(a) in the opinion of the reporting issuer, the disclosure required by subsection (1) would be unduly detrimental to its interests, or

(b) the material change in the affairs of the reporting issuer

(i) consists of a decision to implement a change made by senior management of the issuer who believe that confirmation of the decision by the directors is probable, and

«changement important» Dans le contexte des affaires d'un émetteur, s'entend d'un changement dans ses activités commerciales, son exploitation, ses éléments d'actif ou sa propriété, s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur. La présente définition inclut la décision d'effectuer un tel changement prise:

a) soit par la direction générale de l'émetteur si celle-ci estime que cette décision sera probablement approuvée par le conseil d'administration,

b) soit par les administrateurs de l'émetteur;

«fait important» Dans le contexte de valeurs mobilières qui ont été émises ou dont l'émission est projetée, s'entend d'un fait qui a un effet appréciable sur le cours ou la valeur de ces valeurs mobilières ou dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura cet effet;

67. (1) Si un changement important survient dans les affaires d'un émetteur assujetti, ce dernier

a) publie et dépose dès que possible un communiqué de presse qui est autorisé par un cadre supérieur et qui divulgue la nature et la substance du changement, et

b) dépose dès que possible un rapport exigé sur ce changement et, dans tous les cas, au plus tard dix jours suivant la date à laquelle le changement est survenu.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à un émetteur assujetti qui dépose immédiatement le rapport exigé par l'alinéa (1)b) en y inscrivant une mention portant que le rapport est «confidentiel» et en donnant par écrit les motifs pour lesquels il ne devrait pas y avoir de communiqué en vertu de l'alinéa (1)a), dans les cas suivants:

a) l'émetteur assujetti est d'avis que la divulgation exigée par le paragraphe (1) serait indûment préjudiciable à ses intérêts;

b) le changement important dans les affaires de l'émetteur assujetti

(i) consiste en une décision de mettre à exécution un changement apporté par la direction générale de l'émetteur qui estime que les administrateurs ratifieront probablement cette décision, et

- | | |
|--|--|
| <p>(ii) senior management of the issuer has no reason to believe that persons with knowledge of the material change have made use of that knowledge in purchasing or selling securities of the issuer.</p> <p>(3) Where a report has been filed under subsection (2), the reporting issuer shall advise the commission in writing, within 10 days of the date of filing the initial report and every 10 days after that, that it believes the report should continue to remain confidential until</p> <p>(a) the material change is generally disclosed in the manner referred to in subsection (1) (a), or</p> <p>(b) if the material change consists of a decision of the type referred to in subsection (2) (b), that decision has been rejected by the directors of the issuer.</p> <p>68. (1) No person that</p> <p>(a) is in a special relationship with a reporting issuer, and</p> <p>(b) knows of a material fact or material change with respect to that reporting issuer, which material fact or material change has not been generally disclosed,</p> <p>shall purchase or sell</p> <p>(c) securities of that reporting issuer,</p> <p>(d) a put, a call, an option or another right or obligation to purchase or sell securities of the reporting issuer, or</p> <p>(e) a security, the market price of which varies materially with the market price of any securities of the reporting issuer.</p> <p>(2) No reporting issuer and no person in a special relationship with a reporting issuer shall inform another person of a material fact or material change with respect to the reporting issuer before the material fact or material change has been generally disclosed, unless giving the information is necessary in the course of business of the reporting issuer or of the person in the special relationship with the reporting issuer.</p> <p>(3) No person that proposes to</p> <p>(a) make a take over bid, as defined in section 74, for the securities of a reporting issuer,</p> | <p>(ii) la direction générale de l'émetteur n'a aucune raison de croire que les personnes qui ont connaissance du changement important ont profité de cette connaissance en achetant ou en vendant des valeurs mobilières de l'émetteur.</p> <p>(3) Si un rapport a été déposé en vertu du paragraphe (2), l'émetteur assujéti informe la commission par écrit dans les dix jours suivant la date du dépôt du rapport initial et, par la suite, tous les dix jours, qu'il estime que le rapport doit demeurer confidentiel</p> <p>a) soit jusqu'à ce que le changement important soit divulgué au public de la manière prévue à l'alinéa (1)a),</p> <p>b) soit, si le changement important consiste en une décision du genre de celle visée à l'alinéa (2)b), jusqu'à ce que cette décision ait été infirmée par le conseil d'administration de l'émetteur.</p> <p>68. (1) Il est interdit à quiconque</p> <p>a) a des rapports particuliers avec un émetteur assujéti,</p> <p>b) est au courant d'un fait important ou d'un changement important concernant cet émetteur, qui n'a pas été divulgué au public,</p> <p>d'acheter ou de vendre</p> <p>c) des valeurs mobilières de l'émetteur assujéti,</p> <p>d) une option de vente, un appel de fonds, un droit d'option ou tout autre droit ou obligation d'acheter ou de vendre des valeurs mobilières de l'émetteur assujéti,</p> <p>e) une valeur mobilière dont le cours varie de façon importante par rapport à celui de toute valeur mobilière de l'émetteur assujéti.</p> <p>(2) Sauf dans le cours normal de ses activités commerciales, nul émetteur assujéti et nulle personne ayant des rapports particuliers avec cet émetteur assujéti ne doit informer une autre personne d'un fait important ou d'un changement important concernant cet émetteur avant que ce fait ou ce changement n'ait été divulgué au public.</p> <p>(3) Aucune personne qui a l'intention, selon le cas</p> <p>a) de présenter une offre publique d'achat, au sens de l'article 74, à l'égard des valeurs mobilières d'un émetteur assujéti,</p> |
|--|--|

- (b) become a party to a reorganization, amalgamation, merger, arrangement or similar business combination with a reporting issuer, or
- (c) acquire a substantial portion of the property of a reporting issuer

shall inform another person of a material fact or material change with respect to the reporting issuer before the material fact or material change has been generally disclosed, unless giving the information is necessary to effect the take over bid, business combination or acquisition, as the case may be.

(4) A person does not contravene subsection (1), (2) or (3) if the person proves on the balance of probabilities that at the time of the purchase or sale referred to in subsection (1) or at the time of giving the information under subsection (2) or (3), as the case may be, the person reasonably believed that the material fact or material change had been generally disclosed.

144. (1) Where the commission or the superintendent considers it to be in the public interest, the commission or the superintendent, after a hearing, may order

. . .

- (c) that any or all of the exemptions described in any of sections 30 to 32, 55, 58, 80 or 81 do not apply to a person,
- (d) that a person
 - (i) resign any position that the person holds as a director or officer of an issuer, and
 - (ii) is prohibited from becoming or acting as a director or officer of any issuer,

. . .

149. (1) A person directly affected by a decision of the commission, other than

- (a) a decision under section 33 or 59,
- (b) a decision under section 147 in connection with the review of a decision of the superintendent under section 33 or 59, or
- (c) a decision by a person acting under authority delegated by the commission under section 6,

may appeal to the Court of Appeal with leave of a justice of that court.

- b) de participer à une réorganisation, une fusion, un arrangement ou un regroupement similaire d'entreprises avec un émetteur assujéti;
- c) d'acquérir une portion importante des biens d'un émetteur assujéti,

ne doit informer une autre personne d'un fait important ou changement important concernant cet émetteur avant que ce fait ou ce changement n'ait été divulgué au public, sauf si la divulgation de ces renseignements est nécessaire pour effectuer l'offre publique d'achat, le regroupement d'entreprises ou l'acquisition.

(4) Une personne ne contrevient pas au paragraphe (1), (2) ou (3) si elle établit, selon une prépondérance des probabilités, qu'elle avait alors des motifs raisonnables de croire que le fait important ou le changement important avait été préalablement divulgué au public.

144. (1) Lorsqu'ils estiment dans l'intérêt public de le faire, la commission ou le surintendant peuvent, après audience, ordonner

. . .

- c) qu'une ou l'autre ou l'ensemble des exemptions visées aux articles 30 à 32, 55, 58, 80 ou 81 ne s'applique pas à une personne,
- d) qu'une personne
 - (i) démissionne du poste qu'elle occupe comme administrateur ou dirigeant d'un émetteur, et
 - (ii) ne peut plus devenir administrateur ou dirigeant d'un émetteur ou agir à ce titre,

. . .

149. (1) Une personne directement touchée par une décision de la commission peut, avec autorisation, interjeter appel devant la Cour d'appel, sauf s'il s'agit

- a) soit d'une décision prise en vertu de l'article 33 ou 59,
- b) soit d'une décision prise en vertu de l'article 147 relativement à l'examen d'une décision du surintendant en vertu de l'article 33 ou 59,
- c) ou d'une décision prise par une personne dans l'exercice d'un pouvoir que lui a délégué la commission en vertu de l'article 6.

154.2 The person presiding at a hearing required or permitted under this Act or the regulations may order a person whose affairs are the subject of the hearing to pay prescribed fees or charges for the costs of or related to the hearing that are incurred by or on behalf of the commission or the superintendent including, without limiting this,

- (a) costs of matters preliminary to the hearing,
- (b) costs for time spent by the commission or the superintendent or the staff of either of them,
- (c) fees paid to an expert or witness, and
- (d) costs of legal services.

III. Judgments Below

1. *British Columbia Securities Commission*

The Commission's reasons for judgment were handed down in two parts: the findings of the Commission and the decision of the Commission.

In its findings, released on November 16, 1990, the Commission began by commenting on its jurisdiction. It held that, because it was vested with the responsibility of regulating the financial markets, it had broad powers. More specifically, the Commission stated that its jurisdiction was not limited to breaches of the Act, but extended to "circumstances where no provision of any law has been violated . . . since, no matter how extensive the specific provisions are, there will be fertile and unscrupulous minds to invent schemes that will skirt the words of all published pronouncements". The Commission concluded its discussion of jurisdiction as follows:

The Commission may from time to time judge the conduct of directors against a standard found in the Company Act. In other instances it may, through policy statements, impose a higher standard or one more specific in its terms. The Commission may exercise its jurisdiction even when there is no published policy. The focus of the Commission's inquiry remains constant: the conduct of market participants and its impact on the efficiency and fairness of the market. Where the public interest requires its intervention, the Commission's

154.2 La personne qui préside une audience exigée ou permise en vertu de la présente loi ou de son règlement d'application peut ordonner à une personne dont les affaires font l'objet de l'audience de payer les coûts ou dépens engagés par la commission ou le surintendant ou en leur nom, y compris notamment

- a) les coûts de toute question préliminaire à l'audience,
- b) les coûts au titre du temps consacré par la commission ou le surintendant ou leur personnel,
- c) les indemnités payées à un expert ou à un témoin,
- d) les coûts des services juridiques.

III. Les juridictions inférieures

1. *La British Columbia Securities Commission*

La Commission a présenté ses motifs en deux parties: ses conclusions et sa décision.

Dans ses conclusions prononcées le 16 novembre 1990, la Commission a tout d'abord commencé par examiner sa compétence. Elle a conclu qu'elle possédait de vastes pouvoirs parce qu'elle était investie de la responsabilité de réglementer les marchés financiers. Plus particulièrement, la Commission a précisé qu'elle n'était pas limitée dans l'exercice de sa compétence aux violations de la Loi, mais qu'elle pouvait aussi examiner [TRADUCTION] «les cas où il n'y a eu violation d'aucune loi [. . .] puisque, quelle que soit l'ampleur des dispositions données, il y aura toujours des esprits fertiles et malhonnêtes qui sauront mettre sur pied des plans pour éluder le libellé même de tous les textes publiés». Voici comment la Commission a conclu l'examen de sa compétence:

[TRADUCTION] La Commission peut à l'occasion examiner la conduite des administrateurs par rapport à une norme établie dans la Company Act. Dans d'autres cas, elle peut, par des déclarations de principe, imposer une norme plus sévère ou plus précise. La Commission peut exercer sa compétence même en l'absence d'une politique publiée. L'objet de toute enquête de la Commission demeure constant: la conduite des participants sur le marché boursier et l'incidence de cette conduite sur l'efficacité et l'équité du marché. Dans les cas où l'inté-

response is a proper exercise of its jurisdiction and a fulfilment of its mandate.

Following these comments, the Commission examined the various impugned transactions in order to determine whether or not ss. 67 and 68 of the Act had been breached. It divided its findings according to the three types of transactions identified above in the recital of the facts.

A. *The Drilling Results and Share Options Transactions*

The Commission found that Prime or Calpine had, on four occasions in July and August 1989, contravened s. 67 of the Act in failing to disclose all material changes in their affairs prior to granting or repricing options. The Commission's key holding was that the "Chinese Wall", an internal company stratagem, did not relieve the senior managers from their obligations under s. 67 of the Act, which mandates disclosure of material change "as soon as practicable". The Commission stated:

The accumulation of drilling results for release at periodic intervals is, in most circumstances, a reasonable approach to the disclosure of such information. Where an issuer proposes to engage in a securities transaction, however, it must ensure that any undisclosed material change is disclosed before proceeding with the transaction. The words "as soon as practicable" have a different meaning in this context than they might in the absence of the securities transaction.

In the view of the Commission, there was a positive obligation on the managers to make inquiries to determine whether there had been a material change prior to engaging in any securities transactions. The "Chinese Wall", though effective in shielding the managers from knowledge, did not release them from this obligation.

With respect to the fifth options transaction, the Commission found that Calpine had abused the ten day average pricing formula under the VSE's options policy, in failing to set the price of the

r  t public exige l'intervention de la Commission, les mesures prises à cette fin constituent un exercice approprié de sa compétence et s'inscrivent dans le cadre de l'exécution de son mandat.

Après avoir fait ces commentaires, la Commission a examiné les diverses opérations attaquées pour déterminer s'il y avait eu violation des art. 67 et 68 de la Loi. Elle a divisé ses conclusions en fonction des trois types d'opérations que j'ai citées dans l'exposé des faits.

A. *Les résultats de forage et les options d'achats d'actions*

La Commission a conclu que Prime ou Calpine avait, à quatre reprises en juillet et août 1989, contrevenu à l'art. 67 de la Loi en omettant de divulguer tous les changements importants survenus dans les affaires de la société avant l'attribution des options ou la red  termination de leur prix. La principale conclusion de la Commission était que la «muraille de Chine», un stratagème interne de la société, ne libérait pas les cadres supérieurs de leurs obligations en vertu de l'art. 67 de la Loi, qui oblige à divulguer «dès que possible» tout changement important. La Commission a dit:

[TRADUCTION] L'accumulation des résultats de forage publiés périodiquement est, dans la plupart des cas, une bonne façon de divulguer ces renseignements. Cependant, lorsqu'un émetteur envisage de procéder à une opération sur valeurs mobilières, il doit veiller à ce que soit préalablement divulgué tout changement important qui ne l'a pas encore été. Dans ce contexte, l'expression «dès que possible» a un sens diff  rent de celui qu'il pourrait avoir en l'absence d'une telle opération.

De l'avis de la Commission, préalablement à toute opération sur valeurs mobilières, les cadres avaient une obligation positive de s'enquérir de tout changement important. Si la «muraille de Chine» établie a permis d'empêcher que les gestionnaires soient mis au courant, elle ne les a pas pour autant libérés de l'obligation de s'enquérir.

Pour ce qui est de la cinquième opération concernant les options d'achat, la Commission a conclu que Calpine avait mal utilisé la formule de calcul du prix moyen sur une période de dix jours, en

options at a level reflecting the dissemination of recently disclosed material changes.

The Commission also found that, in two filings with the VSE for approval of options transactions, Pezim falsely certified that there were no material changes in the affairs of Calpine and Prime, respectively, that had not been publicly disclosed.

Finally, with respect to s. 68 of the Act, the Commission found, as noted above, that the "Chinese Wall" was effective in shielding the respondents from having knowledge of undisclosed material facts or material changes. Accordingly, the respondents had no knowledge of the drilling results when Prime and Calpine granted and repriced the options. Consequently, there was no breach of s. 68 of the Act.

B. The Private Placement

The Commission found that Calpine's disclosure of the private placement on July 14, 1989 was not in compliance with s. 67 of the Act because it failed to disclose that Prime was the placee and what effect the private placement would have on the control of Calpine. The Commission stated the following:

The fact that Calpine's major shareholder would, through the private placement, raise its interest from 23 per cent to 36 per cent, assuming exercise of the warrants, represented a change in the ownership of Calpine that, by significantly reducing the possibility of a challenge for control, would reasonably be expected to cause a significant effect on the market price or value of Calpine's shares. It was therefore a material change in Calpine's affairs and was required to be disclosed, under section 67 of the Act.

The Commission also found that Calpine misled the VSE on July 17, 1989 by representing that the private placement was to be brokered by Prime Equities, and that Page falsely certified to the VSE

vertu de la politique de la Bourse relative aux options, parce qu'elle n'avait pas fixé le prix des options en fonction des changements importants récemment divulgués.

La Commission a aussi conclu que Pezim avait, à deux reprises lorsqu'il a soumis les options d'achat à l'approbation de la Bourse, faussement attesté qu'il n'était survenu dans les affaires de Calpine et de Prime aucun changement important non divulgué au public.

Enfin, en ce qui concerne l'art. 68 de la Loi, comme je l'ai déjà fait remarquer, la Commission a conclu que la «muraille de Chine» avait permis d'empêcher que les intimés soient mis au courant de faits ou de changements importants non divulgués. Par conséquent, les intimés n'étaient pas au courant des résultats de forage lorsque Prime et Calpine ont accordé des options et en ont redéterminé les prix. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'art. 68 de la Loi.

B. Le placement privé

La Commission a conclu que la divulgation que Calpine avait faite de l'existence du placement privé le 14 juillet 1989 n'était pas conforme à l'art. 67 de la Loi puisqu'elle ne précisait pas que Prime était l'acheteur ni quel allait être l'effet de ce placement privé sur le contrôle de Calpine. La Commission a déclaré:

[TRADUCTION] Le fait que la participation du principal actionnaire de Calpine, par le jeu du placement privé, devait passer de 23 à 36 pour 100, en supposant l'exercice des bons de souscription d'actions, représentait un changement dans la propriété de Calpine puisqu'il était raisonnable de s'attendre à ce que ce changement, en réduisant dans une large mesure la possibilité d'une contestation du contrôle, ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des actions de Calpine. Il s'agissait en conséquence d'un changement important dans les affaires de Calpine, qui devait être divulgué en vertu de l'article 67 de la Loi.

La Commission a aussi conclu, que, le 17 juillet 1989, Calpine avait induit la Bourse en erreur lorsqu'elle l'a avisée que le placement privé devait être effectué par l'intermédiaire de Prime Equities,

on August 18, 1989 that there were no material changes in the affairs of Calpine that had not been publicly disclosed. With respect to the private placement, the Commission found no contravention of s. 68 of the Act.

C. *The ALC Withdrawal*

The Commission could not accept the respondents' argument that, with respect to the ALC withdrawal, there was nothing to disclose. In its view, the situation Prime found itself in on September 25, 1989 "would reasonably have been expected to have a significant effect on the market price of Prime's shares". Consequently, the Commission found that, in failing to make timely and adequate disclosure of the dispute with Canarim following ALC's withdrawal, Prime contravened s. 67 of the Act.

D. *The Orders*

In its findings, the Commission did not make any orders and preferred instead to hear submissions from the parties, following the release of its findings, with respect to the terms of the orders to be made under ss. 144 and 154.2 of the Act.

In its decision, released December 17, 1990, the Commission reviewed the parties submissions relating to orders and concluded that the respondents' improper conduct was related to distributions of securities under the exemptions in the Act. Consequently, in order to indicate the seriousness with which it viewed the contraventions, the Commission considered it to be in the public interest to remove the respondents' right to rely on the exemptions. Since the respondents were directors and senior management of Prime and Calpine, and had responsibility for ensuring compliance with securities regulatory requirements, the Commission decided not to differentiate among them in making its orders.

With respect to costs, the Commission rejected the respondents' argument that the length of the

et que, le 18 août 1989, Page avait faussement attesté à la Bourse qu'il n'était pas survenu dans les affaires de Calpine de changements importants qui n'avaient pas été divulgués au public. En ce qui concerne le placement privé, la Commission a conclu qu'il n'y avait pas eu de contravention à l'art. 68 de la Loi.

C. *Le retrait d'ALC*

La Commission n'a pu souscrire à l'argument des intimés qu'il n'y avait rien à divulguer relativement au retrait d'ALC. À son avis, [TRADUCTION] «il était raisonnable de s'attendre à ce que [la situation dans laquelle se trouvait Prime le 25 septembre 1989] ait un effet appréciable sur le cours des actions de Prime». La Commission a donc conclu que Prime avait contrevenu à l'art. 67 de la Loi en omettant de divulguer en temps opportun et de façon appropriée l'existence d'un différend avec Canarim à la suite du retrait d'ALC.

D. *Les ordonnances*

Dans ses conclusions, la Commission n'a pas rendu d'ordonnance et a préféré entendre, après la publication de ses conclusions, les observations des parties relativement aux ordonnances à rendre en vertu des art. 144 et 154.2 de la Loi.

Dans sa décision publiée le 17 décembre 1990, la Commission a examiné les observations des parties relativement aux ordonnances et a conclu que l'inconduite des intimés avait trait au placement de valeurs mobilières en vertu des exemptions de la Loi. Par conséquent, pour indiquer qu'elle jugeait ces contraventions sérieuses, la Commission a déterminé qu'il était dans l'intérêt public de retirer aux intimés le droit de se prévaloir des exemptions. Puisque les intimés étaient à la fois administrateurs et cadres supérieurs de Prime et de Calpine et qu'ils avaient la responsabilité d'assurer le respect des exigences réglementaires en matière de valeurs mobilières, la Commission a décidé de ne pas faire entre eux de distinction dans les ordonnances qu'elle a prononcées.

En ce qui concerne les dépens, la Commission a rejeté l'argument des intimés que la durée de l'en-

investigation and the hearing related mostly to the allegations of insider trading, which were not established. Rather, it found that most of the hearing related to evidence concerning those matters in respect of which it did find contravention. It held further that the suspicions which led to the other allegations were aroused by the respondents' own conduct in failing to make required disclosure and in filing misleading documents with the VSE.

The Commission concluded by making the following orders:

- under section 144(1)(c) of the Act, that the exemptions described in sections 30 to 32, 55, 58, 80 and 81 do not apply to Pezim, Page and Ivany for a period of one year, beginning January 1, 1991; and
- under section 154.2 of the Act, that Pezim, Page and Ivany pay prescribed fees or charges for two thirds of the costs of or related to the hearing that have been incurred by the Commission and the Superintendent, with the amount to be determined on further application to the Commission if the parties are unable to agree on the amount.

2. *British Columbia Court of Appeal* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 257

Lambert J.A., Carrothers J.A. concurring

The majority did not expressly consider the appropriate standard of review in the circumstances. Lambert J.A. merely stated the following at the outset of his reasons, at pp. 262-63:

I think we may consider alleged errors of law in relation to both the interpretation and the application of those three specified sections of the Act. Alleged errors in interpretation are, of course, errors of law. Alleged errors of application may be errors of law or errors of fact or errors of mixed law and fact. We are required and permitted to consider only alleged errors of application that are errors of law.

quête et de l'audience était en grande partie imputable à l'examen des allégations d'opérations d'initiés, qui n'ont pas été prouvées. Elle a plutôt conclu que la majeure partie de l'audience avait été consacrée à l'examen de la preuve se rapportant aux infractions qui, selon ses conclusions, avaient été commises. Elle a aussi conclu que ce sont les intimés eux-mêmes qui, en omettant de faire les divulgations requises et en déposant auprès de la Bourse des documents trompeurs, ont suscité les doutes qui ont donné lieu aux autres allégations.

La Commission a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

- que, en vertu de l'alinéa 144(1)(c) de la Loi, les exemptions visées aux articles 30 à 32, 55, 58, 80 et 81 ne s'appliquent pas à Pezim, Page et Ivany pour une période d'un an à compter du 1^{er} janvier 1991, et
- que, en vertu de l'article 154.2 de la Loi, Pezim, Page et Ivany paient les deux tiers des frais ou dépens réglementaires, directement ou indirectement engagés par la Commission et le surintendant dans le cadre de l'audience; le montant devant être établi sur présentation d'une autre demande à la Commission si les parties n'arrivent pas à s'entendre.

2. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 257

Le juge Lambert, avec l'appui du juge Carrothers

La Cour d'appel à la majorité n'a pas explicitement examiné la norme de contrôle applicable dans les circonstances. Le juge Lambert a tout simplement mentionné ce qui suit au début de ses motifs, aux pp. 262 et 263:

[TRADUCTION] À mon avis, nous pouvons examiner les erreurs de droit présumées relativement à l'interprétation et à l'application de ces trois dispositions précises de la Loi. Il va sans dire que les erreurs d'interprétation présumées sont des erreurs de droit. Des erreurs d'application présumées peuvent être des erreurs de droit ou des erreurs de fait ou encore des erreurs mixtes de droit et de fait. Nous ne pouvons examiner que les erreurs d'application présumées qui sont des erreurs de droit.

The majority went on to examine the three types of impugned transactions in order to determine whether or not the Commission had erred in finding a breach of s. 67 of the Act and no breach of s. 68.

A. The Drilling Results and Share Options Transactions

Lambert J.A. determined that the Commission's findings were predicated on a finding that drilling results could be a "material change" within the meaning of s. 67 of the Act. He distinguished between s. 67, a reporting provision dealing with a material change and s. 68, a prohibitory provision dealing with material facts. Drilling reports, he said, are capable of being material facts. However, information obtained from those reports does not constitute a material change as that term is defined in the Act. Lambert J.A. explained this conclusion as follows, at p. 268:

In my opinion, geological information of the nature obtained on a continuing basis as a result of a planned drilling program does not constitute a change in the business, the operations, the assets, or the ownership of the issuer, no matter what information is obtained from the drilling results. Such information may constitute a basis for a perception that there has been a change in the value of an asset. But that is a far different thing than a change in an asset.

Having determined that the Commission erred in its interpretation of "material change", the majority of the Court of Appeal held that all the conclusions of the Commission with respect to the drilling results and options transactions were flawed and could not stand.

Having made the distinction between material facts and material changes, the majority of the Court of Appeal further held that s. 67 does not impose a duty to inquire into material facts prior to engaging in securities transactions. Lambert J.A. stated the following at p. 279:

La cour à la majorité a ensuite examiné les trois types d'opérations contestées pour déterminer si la Commission avait commis une erreur en concluant qu'il y avait eu violation de l'art. 67 mais non de l'art. 68 de la Loi.

A. Les résultats de forage et les options d'achat d'actions

Le juge Lambert a affirmé que la Commission avait fondé ses conclusions sur la prémisse que les résultats de forage pouvaient constituer «un changement important» au sens de l'art. 67 de la Loi. Il a établi une distinction entre l'art. 67, portant sur la divulgation d'un changement important, et l'art. 68, portant sur une interdiction reliée à des faits importants. À son avis, les rapports de forage peuvent constituer des faits importants. Cependant, les renseignements tirés de ces rapports ne constituent pas un changement important au sens de la définition de la Loi. Le juge Lambert explique cette conclusion en ces termes, à la p. 268:

[TRADUCTION] À mon avis, les renseignements géologiques obtenus de façon continue dans le cadre d'un programme de forage planifié ne constituent pas un changement dans les activités commerciales, l'exploitation, les éléments d'actif ou la propriété de l'émetteur, quels que soient les renseignements tirés des résultats de forage. On peut se fonder sur ces renseignements pour affirmer qu'il s'est produit un changement dans la valeur d'un élément d'actif. Cependant, c'est loin d'être la même chose qu'un changement dans un élément d'actif.

Après avoir conclu que la Commission avait commis une erreur dans son interprétation de l'expression «changement important», la Cour d'appel à la majorité a statué que toutes les conclusions de la Commission relativement aux résultats de forage et aux options d'achat d'actions étaient entachées d'erreur et ne pouvaient être confirmées.

Une fois établie la distinction entre les faits importants et les changements importants, la Cour d'appel à la majorité a ensuite conclu que l'art. 67 n'imposait pas une obligation d'examiner les faits importants avant de procéder à des opérations sur valeurs mobilières. Le juge Lambert a affirmé, à la p. 279:

There is a duty to disclose material facts that are known. There is a duty to disclose material changes in the business, operations, assets or ownership of the issuer, and perhaps to make enquiries about whether there are such material changes if it should happen that they are not known. But there is no duty to enquire about material facts, and to find them out, and not to engage in securities transactions if there are any material facts that could have been found out. Section 68(2) [since repealed] specifically contemplates that there is no such duty.

B. *The Private Placement*

For reasons of convenience, I reproduce below the Commission's two findings with respect to the private placement:

[The Commission] . . . found that Calpine's disclosure of the private placement on July 14 was not in compliance with section 67 of the Act because it failed to disclose that Prime was the placee and what effect the private placement would have on the control of Calpine.

[The Commission] . . . also found that Calpine misled the Exchange [VSE] on July 17 by representing that the private placement was to be brokered by Prime Equities, and that Page falsely certified to the Exchange on August 18 that there were no material changes in the affairs of Calpine that had not been publicly disclosed.

With respect to the first finding, the majority found no error of law on the part of the Commission, holding that the effect of the private placement constituted a material change in the affairs of Calpine in the form of a change of ownership which could reasonably be expected to have a significant effect on the market price or on the value of the common shares of Calpine.

The majority also held that the Commission did not err in law in its conclusion in the first part of the second finding that Calpine ought to have disclosed that Prime was to be the placee, although Lambert J.A. at p. 273 thought that to say that

[TRANSDUCTION] Il existe une obligation de divulguer des faits importants connus. Il existe une obligation de divulguer des changements importants dans les activités commerciales, l'exploitation, les éléments d'actif ou la propriété de l'émetteur, peut-être même de s'enquérir de tels changements dans le cas où ils ne sont pas connus. Cependant, il n'existe aucune obligation de s'enquérir de faits importants, ni de les découvrir, ni de s'abstenir de faire des opérations sur valeurs mobilières s'il existe des faits importants qui auraient pu être découverts. Le paragraphe 68(2) [abrogé depuis] précise explicitement que cette obligation n'existe pas.

B. *Le placement privé*

Par souci de commodité, je reproduis les deux conclusions de la Commission relativement au placement privé:

[TRANSDUCTION] [La Commission] [. . .] a conclu que la divulgation que Calpine avait faite de l'existence du placement privé le 14 juillet n'était pas conforme à l'article 67 de la Loi puisqu'elle ne précisait pas que Prime était l'acheteur ni quel allait être l'effet de ce placement privé sur le contrôle de Calpine.

[La Commission] [. . .] a aussi conclu que, le 17 juillet, Calpine avait induit la Bourse en erreur lorsqu'elle l'a avisée que le placement privé devait être effectué par l'intermédiaire de Prime Equities et que, le 18 août 1989, Page avait faussement attesté à la Bourse qu'il n'était pas survenu dans les affaires de Calpine de changements importants qui n'avaient pas été divulgués au public.

Relativement à la première conclusion, la Cour d'appel à la majorité a statué que la Commission n'avait pas commis d'erreur de droit puisque l'effet du placement privé constituait un changement important dans les affaires de Calpine, soit un changement dans la propriété, duquel on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des actions ordinaires de Calpine.

La cour à la majorité a aussi conclu que la Commission n'avait pas commis d'erreur de droit relativement à la première partie de la deuxième conclusion, c'est-à-dire que Calpine aurait dû divulguer que Prime devait être l'acheteur; cependant, selon le juge Lambert, à la p. 273, dire que

Calpine “misled the [VSE]” was a “somewhat harsh way of describing the filing”.

The majority did, however, overturn the second part of the second finding. According to Lambert J.A., the Commission’s conclusion was flawed by the error in law encompassed by regarding the undisclosed assays as constituting material changes in the affairs of Calpine.

C. *The ALC Withdrawal*

Once again, the majority held that the Commission’s finding was flawed by the error of law in misinterpreting the definition of “material change”. According to Lambert J.A., the oral statements by Brown, Canarim’s chairperson, that his company did not consider itself bound to take four million units but only three million units, did not amount to a default of the GAA, and thus it could not be said that there was a change in the “business, operations, assets or ownership of the issuer” under s. 67 of the Act. He was also of the view that the telephone calls and meetings relating to the negotiations did not amount to a material change. Lambert J.A. stated that it may well have been counterproductive for the respondents to issue a press release during the difficult and delicate negotiations and thus may not have been in the public interest.

D. *The Orders*

With respect to s. 144 of the Act, the majority of the Court of Appeal held that the words “in the public interest” limit the range of orders that may be made by the Commission under that provision. It continued as follows at p. 281:

If there is no rational link between the conduct of the person in question and the order made by the commission, or if that rational link is not a rational link for which the justification rests on the public interest, then such an order of the commission would be outside the commission’s powers under s. 144(1).

Calpine «avait induit la Bourse en erreur» constituait une façon [TRADUCTION] «un peu sévère de décrire la situation».

Cependant, la Cour d’appel à la majorité a infirmé la seconde partie de la seconde conclusion. Selon le juge Lambert, la conclusion de la Commission était viciée par l’erreur de droit que constituait le fait d’avoir considéré que les résultats de titrage non divulgués constituaient des changements importants dans les affaires de Calpine.

C. *Le retrait d’ALC*

De nouveau, la Cour d’appel à la majorité a jugé que la conclusion de la Commission était viciée par l’erreur de droit que constituait le fait d’avoir mal interprété la définition de l’expression «changement important». Selon le juge Lambert, Brown, président de Canarim, n’avait pas contrevenu à l’entente en déclarant que sa société ne s’estimait pas tenue d’acquérir quatre millions d’unités, mais seulement trois; on ne pouvait en conséquence affirmer qu’il était survenu un changement «dans [l]es activités commerciales, [l]’exploitation, [l]es éléments d’actif ou [l]a propriété» de l’émetteur au sens de l’art. 67 de la Loi. Le juge a aussi affirmé que les appels téléphoniques et les séances de négociations ne constituaient pas un changement important. Le juge Lambert a affirmé qu’il aurait peut-être été inefficace pour les intimés de publier un communiqué pendant les négociations difficiles et délicates et que cela n’aurait peut-être pas été dans l’intérêt public.

D. *Les ordonnances*

En ce qui concerne l’art. 144 de la Loi, la Cour d’appel à la majorité a conclu que l’expression «dans l’intérêt public» restreint la gamme des ordonnances susceptibles d’être rendues par la Commission en vertu de cette disposition. Elle affirme, à la p. 281:

[TRADUCTION] S’il n’existe pas de lien rationnel entre la conduite de la personne en question et l’ordonnance rendue par la commission, ou encore si ce lien rationnel n’en est pas un dont la justification repose sur l’intérêt public, la commission se trouve alors à excéder les pouvoirs que lui confère le par. 144(1).

Lambert J.A. then seemed to hold that there was no link between the order made in this case and the respondents' conduct since the order that was chosen was made in respect of personal trading. Lambert J.A. did not pursue this argument given his findings that the Commission had erred in law in finding a breach of the Act. Accordingly, the majority held that the Commission's orders under s. 144 could not stand.

Le juge Lambert semble ensuite avoir déterminé qu'il n'existait pas de lien entre l'ordonnance prononcée et la conduite des intimés puisque l'ordonnance visait des opérations personnelles. Il n'a pas poursuivi l'examen de cet argument puisqu'il avait conclu que la Commission avait commis une erreur de droit en concluant qu'il y avait eu violation de la Loi. La Cour d'appel à la majorité a en conséquence affirmé qu'il n'y avait pas lieu de maintenir les ordonnances rendues par la Commission en vertu de l'art. 144.

On the issue of costs, the respondents argued that, because the Act requires the Commission to fund its own activities, there was a reasonable apprehension of bias with respect to the order that they pay two-thirds of the costs of the hearing. The majority rejected this argument stating that it was not the appropriate time in the proceedings to raise such an argument. The fact that the Commission was required to be self-funding did not impact on the legality of its order. Nevertheless, the majority ordered that the order of the Commission be set aside and that the respondents pay one tenth of the Commission's costs of the investigation. Disputes relating to costs were to be brought back to the Court of Appeal.

Relativement à la question des dépens, les intimés ont allégué que, vu que la Loi exige de la Commission qu'elle finance ses propres activités, l'ordonnance exigeant d'eux qu'ils paient les deux tiers des dépens soulevait une crainte raisonnable de partialité. La cour à la majorité a rejeté cet argument et précisé que ce n'était pas le moment opportun de soulever un tel argument. Le fait que la Commission est tenue de s'autofinancer n'a aucune incidence sur la légalité de l'ordonnance. Néanmoins, la cour à la majorité a ordonné que l'ordonnance de la Commission soit annulée et que les intimés paient un dixième des coûts d'enquête de la Commission. Tout litige concernant les dépens devait être soumis de nouveau à la Cour d'appel.

Locke J.A., dissenting

In most comprehensive reasons, Locke J.A. began by stating that the appeal was being heard under a general appellate provision and not as an application for judicial review under a particular statute. He then reviewed several cases dealing with the purpose and characteristics of securities commissions and concluded at p. 300 that "[i]n the case of appeals from specialized tribunals . . . an appellate court should be slow to interfere unless the tribunal is shown to be clearly wrong either on fact or law".

Le juge Locke, dissident

Dans des motifs fort exhaustifs, le juge Locke a tout d'abord affirmé qu'il s'agissait d'un appel entendu en vertu d'une disposition générale, et non d'une demande de contrôle judiciaire en vertu d'une loi particulière. Il a ensuite examiné plusieurs décisions portant sur l'objet et les caractéristiques des commissions des valeurs mobilières et, à la p. 300, il est arrivé à la conclusion que [TRADUCTION] «[d]ans le cas d'appels à l'encontre de décisions de tribunaux spécialisés [. . .] une cour d'appel devrait hésiter à intervenir sauf si le tribunal a de toute évidence commis une erreur de fait ou de droit».

Locke J.A. went on to examine the three types of impugned transactions as identified in the facts.

Le juge Locke a ensuite examiné les trois types d'opérations attaquées mentionnés dans les faits.

A. The Drilling Results and Share Options Transactions

A. Les résultats de forage et les options d'achat d'actions

In interpreting the disclosure requirements of s. 67 of the Act, Locke J.A. rejected the narrow approach advocated by the respondents. He held, at p. 308, that "information per se is capable of being an 'asset' within the meaning of the Act". This interpretation of the Act, according to Locke J.A. at p. 309, is consistent with its aims, which include "prevent[ing] high-pressure sales tactics, seeing that disclosure is complete, and ensuring that all individuals are informed before actually entering into a securities transaction". Locke J.A. then reviewed the drilling results as well as their potential effect. He held that the information found in these results could indeed be interpreted as a material change in the assets of the company within the meaning of the Act.

Pour ce qui est de l'interprétation des exigences en matière de divulgation prévues à l'art. 67 de la Loi, le juge Locke a rejeté la démarche restrictive préconisée par les intimés. Il a conclu, à la p. 308, que [TRADUCTION] «des renseignements peuvent en soi constituer «un élément d'actif» au sens de la Loi». D'après le juge Locke, à la p. 309, cette interprétation de la Loi est compatible avec ses objets, notamment: [TRADUCTION] «empêcher le recours à des tactiques de vente sous pression, veiller à ce que la divulgation soit complète et s'assurer que toute personne soit informée avant de procéder à des opérations sur valeurs mobilières». Le juge Locke a ensuite examiné les résultats de forage et leur incidence possible. Il a conclu que ces résultats pouvaient en fait être interprétés comme un changement important dans les éléments d'actif de la société au sens de la Loi.

Noting that the Act is not penal legislation but rather is regulatory in scope, Locke J.A. would have interpreted its provisions as advocated by the appellants. He concluded at p. 315 that there was "overwhelming evidence to support each finding of the commission" and would not tamper with them.

Après avoir fait remarquer que la Loi n'est pas une loi à caractère pénal, mais de nature réglementaire, le juge Locke a dit qu'il l'aurait interprétée de la façon préconisée par les appelants. Il a conclu, à la p. 315, qu'il existait [TRADUCTION] «de nombreux éléments de preuve à l'appui de chacune des conclusions de la commission» et qu'il ne les modifierait pas.

B. The Private Placement

B. Le placement privé

After reviewing the facts surrounding the private placement, Locke J.A. again concluded that there was ample evidence to support the Commission's findings and that there was no basis for interfering with them.

Après avoir examiné les faits entourant le placement privé, le juge Locke a de nouveau conclu qu'il y avait de nombreux éléments de preuve à l'appui des conclusions de la Commission et que rien ne justifiait de les modifier.

C. The ALC Withdrawal

C. Le retrait d'ALC

Locke J.A. reviewed the facts and the findings relating to the ALC matter, and concluded, at p. 329, that there was "no justifiable reason" for the

Le juge Locke a examiné les faits et les conclusions se rapportant au retrait d'ALC et il a statué, à la p. 329, qu'il n'existait [TRADUCTION] «pas de

respondents' delay in informing the public of the default. He added, at p. 329, that Ivany's natural reluctance to inform the public as well as his hopes to remedy the situation "constitute[d] no legal excuse for withholding the information".

D. *The Orders*

With respect to the orders handed down by the Commission, Locke J.A. stated, at p. 339, that the appropriateness of a penalty is a matter for a commission to decide and that a court should not interfere unless it is clear that "there is such an injustice as indicates a legal error". Locke J.A. found no such error.

On the issue of costs, Locke J.A. rejected the respondents' argument that there was an apprehension of bias. He also did not disturb the proportion of the costs (two thirds) which the respondents were ordered to pay. Locke J.A. did have concerns, however, regarding the compilation of the "expenses" charged as costs to the appellants under s. 154.2. However, as he pointed out at p. 344, his concerns relate to a matter "for legislators and not judges".

IV. Issues

Although the parties to this appeal have made specific allegations of error on the part of the Commission and of the Court of Appeal, the issues can be reduced to the following two questions:

1. What is the appropriate standard of review for an appellate court reviewing a decision of a securities commission not protected by a privative clause when there exists a statutory right of appeal and where the case turns on a question of interpretation?
2. In the case at bar, did the British Columbia Court of Appeal exercise the appropriate standard of review?

raison permettant de justifier» pourquoi les intimés avaient tardé à informer le public du retrait d'ALC. Il a ajouté, à la p. 329, que l'hésitation naturelle d'Ivany à informer le public et l'espoir qu'il avait de remédier à la situation [TRADUCTION] «ne constitu[ai]ent pas en droit une excuse pour dissimuler les renseignements».

b D. *Les ordonnances*

Relativement aux ordonnances rendues par la Commission, le juge Locke a affirmé, à la p. 339, qu'il appartient à une commission de décider du caractère approprié d'une peine et qu'une cour de justice ne devrait pas intervenir sauf s'il est évident qu'une [TRADUCTION] «injustice équivalant à une erreur de droit a été commise». Il n'a pas conclu à l'existence d'une telle erreur.

Sur la question des dépens, le juge Locke a rejeté l'argument des intimés qu'il existait une crainte de partialité. Il n'a pas non plus modifié la proportion des dépens (deux tiers) que la Commission avait ordonné aux intimés de payer. Cependant, il a précisé qu'il était préoccupé par la question des «dépenses» imputées comme coûts aux appelants en vertu de l'art. 154.2. Cependant, comme il l'a fait remarquer, à la p. 344, ce sont des préoccupations qui relèvent [TRADUCTION] «des législateurs et non des juges».

g IV. Les questions en litige

Les parties ont fait des allégations précises d'erreurs que la Commission et la Cour d'appel auraient commises; cependant, les points soulevés se ramènent aux deux questions suivantes:

1. Quelle est la norme de contrôle applicable à une cour d'appel siégeant en révision d'une décision d'une commission des valeurs mobilières qui n'est pas protégée par une clause privative, lorsque la loi prévoit un droit d'appel et que le litige vise une question d'interprétation?
2. En l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle appliqué la norme de contrôle appropriée?

V. Analysis

1. What is the appropriate standard of review for an appellate court reviewing a decision of a securities commission not protected by a privative clause when there exists a statutory right of appeal and where the case turns on a question of interpretation?

In order to answer this first question, I should like to discuss a number of factors and principles which come into play.

A. *The Nature of the Statute*

It is important to note from the outset that the Act is regulatory in nature. In fact, it is part of a much larger framework which regulates the securities industry throughout Canada. Its primary goal is the protection of the investor but other goals include capital market efficiency and ensuring public confidence in the system: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), at p. 1.

Within this large framework of securities regulation, there are various government administrative agencies which are responsible for the securities legislation within their respective jurisdictions. The Commission is one such agency. Also within this large framework are self-regulatory organizations which possess the power to admit and discipline members and issuers. The VSE falls under this head. Having regard to this rather elaborate framework, it is not surprising that securities regulation is a highly specialized activity which requires specific knowledge and expertise in what have become complex and essential capital and financial markets.

B. *Principles of Judicial Review*

From the outset, it is important to set forth certain principles of judicial review. There exist various standards of review with respect to the myriad of administrative agencies that exist in our country. The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tri-

V. Analyse

1. Quelle est la norme de contrôle applicable à une cour d'appel siégeant en révision d'une décision d'une commission des valeurs mobilières qui n'est pas protégée par une clause privative, lorsque la loi prévoit un droit d'appel et que le litige vise une question d'interprétation?

Pour répondre à la première question, j'examinerai certains facteurs et principes pertinents.

A. *Nature de la loi*

Il importe tout d'abord de faire remarquer que la Loi est une loi de nature réglementaire. En fait, elle s'inscrit dans le cadre d'un régime de réglementation beaucoup plus vaste de l'industrie des valeurs mobilières au Canada. Elle vise avant tout à protéger l'investisseur, mais aussi à assurer le rendement du marché des capitaux et la confiance du public dans le système: David L. Johnston, *Canadian Securities Regulation* (1977), à la p. 1.

À l'intérieur de ce grand régime de réglementation des valeurs mobilières, il existe divers organismes gouvernementaux responsables de l'application des lois sur les valeurs mobilières dans leur ressort respectif. C'est la fonction de la Commission. Il y a également des organismes autonomes qui possèdent le pouvoir d'inscrire des membres et des émetteurs et d'assurer la discipline. C'est le rôle de la Bourse. Compte tenu de cette toile de fond plutôt compliquée, il n'est pas étonnant que la réglementation des valeurs mobilières soit une activité fort spécialisée qui exige des connaissances et une expertise particulières du domaine complexe et essentiel des marchés financiers.

B. *Principes de contrôle judiciaire*

Il importe tout d'abord de formuler certains principes en matière de contrôle judiciaire. Il existe diverses normes de contrôle applicables à la myriade d'organismes administratifs qui existent au Canada. Dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré com-

bunale. In answering this question, the courts have looked at various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1089 (*Bibeault*), and *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756.

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal's jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights. See for example *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R.

pétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s'applique à l'égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n'existe aucun droit d'appel prévu par la loi. Voir les arrêts *Le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1089 (*Bibeault*), et *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

Quand aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l'interprétation d'une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l'exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d'appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne. Voir les arrêts *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada*

554, and *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353.

The case at bar falls between these two extremes. On one hand, we are dealing with a statutory right of appeal pursuant to s. 149 of the Act. On the other hand, we are dealing with an appeal from a highly specialized tribunal on an issue which arguably goes to the core of its regulatory mandate and expertise.

This Court's decision in *Bell Canada v. Canada* (*Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission*), [1989] 1 S.C.R. 1722 (*Bell Canada*), is particularly helpful in deciding the present case as it dealt with a statutory right of appeal rather than an application for judicial review. Gonthier J., writing for this Court, stated the following at pp. 1745-46:

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial review. In principle, a court is entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise. [Emphasis added.]

Consequently, even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal's expertise. This point was reaffirmed in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316 (*Bradco*), where Sopinka J., writing for the majority, stated the following at p. 335:

(*Procureur général*) c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

Le présent pourvoi se situe entre ces deux extrêmes. D'une part, il existe en l'espèce un droit d'appel conformément à l'art. 149 de la Loi. D'autre part, il s'agit d'un appel contre la décision d'un tribunal très spécialisé sur une question qui, peut-on soutenir, touche directement le mandat et l'expertise que lui confère le texte réglementaire.

L'arrêt de notre Cour *Bell Canada c. Canada* (*Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*), [1989] 1 R.C.S. 1722 (*Bell Canada*), est tout particulièrement utile en l'espèce puisqu'il portait sur un droit d'appel prévu par la loi plutôt que sur une demande de contrôle judiciaire. Le juge Gonthier, s'exprimant au nom de notre Cour, affirme, aux pp. 1745 et 1746:

Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un contrôle judiciaire. En principe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise. [Je souligne.]

Par conséquent, même lorsqu'il n'existe pas de clause privative et que la loi prévoit un droit d'appel, le concept de la spécialisation des fonctions exige des cours de justice qu'elles fassent preuve de retenue envers l'opinion du tribunal spécialisé sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise. Ce point a été confirmé dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316 (*Bradco*), dans lequel le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, affirme, à la p. 335:

... the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada*, *supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

On the other side of the coin, a lack of relative expertise on the part of the tribunal *vis-à-vis* the particular issue before it as compared with the reviewing court is a ground for a refusal of deference.

In my view, the pragmatic or functional approach articulated in *Bibeault* is also helpful in determining the standard of review applicable in this case. At page 1088 of that decision, Beetz J., writing for the Court, stated the following:

... the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

As already mentioned, the primary goal of securities legislation is the protection of the investing public. The importance of that goal in assessing the decisions of securities commissions has been recognized by this Court in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301 (*Brosseau*), where L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, stated the following at p. 314:

Securities acts in general can be said to be aimed at regulating the market and protecting the general public. This role was recognized by this Court in *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584, where Fauteux J. observed at p. 588:

The paramount object of the Act is to ensure that persons who, in the province, carry on the business of trading in securities or acting as investment counsel, shall be honest and of good repute and, in this way, to

... son expertise [du tribunal] est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada*, précitée, on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Par contre, lorsque, comparativement au tribunal d'examen, le tribunal administratif manque d'expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue.

À mon avis, l'analyse pragmatique ou fonctionnelle formulée dans l'arrêt *Bibeault* est également utile à la détermination de la norme de contrôle applicable en l'espèce. À la page 1088 de cet arrêt, le juge Beetz, s'exprimant au nom de la Cour, affirme:

... la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

Comme je l'ai déjà mentionné, les lois sur les valeurs mobilières visent avant tout à protéger le public investisseur. Dans l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301 (*Brosseau*), notre Cour a reconnu l'importance de cet objectif lorsqu'il faut procéder à l'examen de décisions prises par des commissions des valeurs mobilières; le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de notre Cour, dit, à la p. 314:

D'une manière générale, on peut dire que les lois sur les valeurs mobilières visent à réglementer le marché et à protéger le public. Cette Cour a reconnu ce rôle dans l'arrêt *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584, dans lequel le juge Fauteux a fait remarquer à la p. 588:

[TRADUCTION] L'objet prépondérant de la loi est d'assurer que les personnes qui, dans la province, exercent le commerce des valeurs mobilières ou qui agissent comme conseillers en placement, sont hon-

protect the public, in the province or elsewhere, from being defrauded as a result of certain activities initiated in the province by persons therein carrying on such a business.

This protective role, common to all securities commissions, gives a special character to such bodies which must be recognized when assessing the way in which their functions are carried out under their Acts.

In *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, Wilson J., in a concurring judgment, referred at p. 1336 to financial markets as a field where specialized tribunals have an important role to play:

Canadian courts have struggled over time to move away from the picture that Dicey painted toward a more sophisticated understanding of the role of administrative tribunals in the modern Canadian state. Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work. [Emphasis added.]

The breadth of the Commission's expertise and specialisation is reflected in the provisions of the Act. Section 4 of the Act identifies the Commission as being responsible for the administration of the Act. The Commission also has broad powers with respect to investigations, audits, hearings and orders. Section 144.2 provides that any decision of the Commission filed in the Registry of the

nêtes et de bonne réputation et, ainsi, de protéger le public, dans la province ou ailleurs, contre toute fraude consécutive à certaines activités amorcées dans la province par des personnes qui y exercent ce commerce.

Ce rôle protecteur, qui est commun à toutes les commissions des valeurs mobilières, donne à ces organismes un caractère particulier qui doit être reconnu lorsqu'on examine la manière dont leurs fonctions sont exercées aux termes des lois qui leur sont applicables.

Dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, le juge Wilson, dans des motifs concordants, affirme, à la p. 1336, que les marchés financiers constituent un domaine où les tribunaux spécialisés ont un rôle important à jouer:

Les tribunaux judiciaires canadiens se sont efforcés au fil des ans de se détacher du point de vue de Dicey pour en arriver à une compréhension plus subtile du rôle des tribunaux administratifs dans l'État canadien moderne. C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme. [Je souligne.]

La Loi fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la Commission. Son article 4 précise que la Commission est responsable de son application. La Commission possède également de vastes pouvoirs en matière d'enquêtes, de vérifications, d'audiences et d'ordonnances. En vertu de l'art. 144.2, toute décision de la Commission déposée au greffe de la Cour suprême de la

Supreme Court of British Columbia has the force and effect of a decision of that court. Finally, pursuant to s. 153 of the Act, the Commission has the power to revoke or vary any of its decisions. Sections 14 and 144 are of particular importance as they reveal the breadth of the Commission's public interest mandate:

14. (1) The commission may, where it considers it to be in the public interest, make any decision respecting

- (a) a bylaw, rule or other regulatory instrument or policy, or a direction, decision, order or ruling made under a bylaw, rule or other regulatory instrument or policy, of a self regulatory body or stock exchange,
- (b) the procedures or practices of a self regulatory body or stock exchange,
- (c) the manner in which a stock exchange carries on business,
- (d) the trading of securities on or through the facilities of a stock exchange,
- (e) a security listed and posted for trading on a stock exchange, and
- (f) issuers, whose securities are listed and posted for trading on a stock exchange, to ensure that they comply with this Act and the regulations.

(2) A person affected by a decision made by the commission under subsection (1) shall act in accordance with it.

144. (1) Where the commission or the superintendent considers it to be in the public interest, the commission or the superintendent, after a hearing, may order

- (a) that a person comply with or cease contravening, and that the directors and senior officers of the person cause the person to comply with or cease contravening,
- (i) a provision of this Act or the regulations,
- (ii) a decision, whether or not the decision has been filed under section 144.2, or
- (iii) a bylaw, rule, or other regulatory instrument or policy or a direction, decision, order or ruling made under a bylaw, rule or other regulatory instrument or policy of a self regulatory body

Colombie-Britannique est exécutoire comme décision de cette cour. Enfin, conformément à l'art. 153 de la Loi, la Commission a le pouvoir de révoquer ou de modifier ses décisions. Les articles 14 et 144 sont tout particulièrement importants puisqu'ils révèlent l'étendue du mandat de la Commission en matière d'intérêt public:

[TRADUCTION] 14. (1) La commission peut, lorsqu'elle estime dans l'intérêt public de le faire, rendre une décision concernant:

- a) un règlement administratif, une règle ou un autre instrument ou politique de réglementation, ou une directive, décision ou ordonnance prises en vertu d'un règlement administratif, d'une règle ou d'un autre instrument ou politique de réglementation d'un organisme autonome ou d'une bourse,
- b) les procédures ou les pratiques d'un organisme autonome ou d'une bourse,
- c) le fonctionnement d'une bourse,
- d) les opérations sur valeurs mobilières par l'intermédiaire d'une bourse,
- e) une valeur mobilière officiellement cotée à une bourse,
- f) les émetteurs, dont les valeurs mobilières sont officiellement cotées à la bourse, pour s'assurer qu'ils respectent la présente loi et son règlement d'application.

(2) Toute personne visée par une décision prise par la commission en vertu du par. (1) doit s'y conformer.

144. (1) Lorsqu'ils estiment dans l'intérêt public de le faire, la commission ou le surintendant peuvent, après audition, ordonner

- a) qu'une personne se conforme ou cesse de contrevenir, et que les administrateurs et les cadres supérieurs fassent que cette personne se conforme ou cesse de contrevenir:
- (i) à une disposition de la présente loi ou de son règlement d'application,
- (ii) à une décision, déposée ou non en vertu de l'art. 144.2,
- (iii) à un règlement administratif, une règle ou un autre instrument ou politique de réglementation, ou à une directive, décision ou ordonnance prises en vertu d'un règlement adminis-

or stock exchange, as the case may be, which has been recognized by the commission under section 11,

(b) that

- (i) all persons
 - (ii) the person or persons named in the order, or
 - (iii) one or more classes of persons
- cease trading in a specified security or in a class of security,

(c) that any or all of the exemptions described in any of sections 30 to 32, 55, 58, 80 or 81 do not apply to a person,

(d) that a person

- (i) resign any position that the person holds as a director or officer of an issuer, and
- (ii) is prohibited from becoming or acting as a director or officer of any issuer,

. . . .

In reading these powerful provisions, it is clear that it was the legislature's intention to give the Commission a very broad discretion to determine what is in the public's interest. To me, this is an additional basis for judicial deference.

It must also be noted that the definitions in the Act exist in a factual or regulatory context. They are part of the larger regulatory framework discussed above. They are not to be analyzed in isolation but rather in their regulatory context. This is something that requires expertise and thus falls within the jurisdiction of the Commission. This is yet another basis for curial deference.

Finally, it is noteworthy that various courts, including this Court, have shown deference towards the decisions of securities commission: *Pacific Coast Coin Exchange v. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 S.C.R. 112; *Brousseau, supra*; *Four Star Mgmt. Ltd. v. B.C. Securities Comm.* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 195 (C.A.), leave

tratif, d'une règle ou d'un autre instrument ou politique de réglementation d'un organisme autonome ou d'une bourse, selon le cas, que la commission a reconnu en vertu de l'article 11,

b) que

- (i) toute personne,
- (ii) toute personne nommée dans l'ordonnance,
- (iii) une ou plus d'une catégorie de personnes

cessent de faire des opérations sur une valeur mobilière donnée ou une catégorie de valeurs mobilières,

c) qu'une ou l'autre ou l'ensemble des exemptions visées aux articles 30 à 32, 55, 58, 80 ou 81 ne s'applique pas à une personne,

d) qu'une personne

- (i) démissionne du poste qu'elle occupe comme administrateur ou dirigeant d'un émetteur, et
- (ii) ne peut plus devenir administrateur ou dirigeant d'un émetteur ou agir à ce titre,

. . . .

En lisant ces dispositions éloquentes, on se rend compte que la législature avait l'intention de conférer à la Commission un très vaste pouvoir discrétionnaire dans la détermination de ce qui constitue l'intérêt public. À mon avis, il s'agit là d'un motif additionnel de faire preuve de retenue judiciaire.

On doit aussi se rappeler que les définitions dans la Loi sont présentées dans un contexte de nature factuelle ou réglementaire. Elles font partie de l'ensemble du régime de réglementation qui a déjà été examiné. Elles ne doivent pas être analysées séparément, mais plutôt dans leur contexte de réglementation. Cette analyse nécessite une certaine expertise et relève en conséquence de la compétence de la Commission. C'est là un autre motif de faire preuve de retenue judiciaire.

Enfin, il est important de faire remarquer que divers tribunaux, y compris notre Cour, ont fait preuve de retenue à l'égard des décisions de commissions des valeurs mobilières: *Pacific Coast Coin Exchange c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [1978] 2 R.C.S. 112; *Brousseau, précité*; *Four Star Mgmt. Ltd. c. B.C. Securities*

to appeal refused, *sub nom. Williams (Byron Leslie) v. British Columbia Securities Comm.*, [1991] 1 S.C.R. xv; and *Gordon Capital Corp. v. Ontario Securities Commission* (1991), 14 O.S.C.B. 2713 (Div. Ct.).

C. *The Role of the Commission*

Where a tribunal plays a role in policy development, a higher degree of judicial deference is warranted with respect to its interpretation of the law. This was stated by the majority of this Court in *Bradco* at pp. 336-37:

... a distinction can be drawn between arbitrators, appointed on an *ad hoc* basis to decide a particular dispute arising under a collective agreement, and labour relations boards responsible for overseeing the ongoing interpretation of legislation and development of labour relations policy and precedent within a given labour jurisdiction. To the latter, and other similar specialized tribunals responsible for the regulation of a specific industrial or technological sphere, a greater degree of deference is due their interpretation of the law notwithstanding the absence of a privative clause. [Emphasis added.]

In the case at bar, the Commission's primary role is to administer and apply the Act. It also plays a policy development role. Thus, this is an additional basis for deference. However, it is important to note that the Commission's policy-making role is limited. By that I mean that their policies cannot be elevated to the status of law; they are not to be treated as legal pronouncements absent legal authority mandating such treatment.

Thus on precedent, principle and policy, I conclude as a general proposition that the decisions of the Commission, falling within its expertise, warrant judicial deference.

D. *The Questions of Law at Issue*

As mentioned above, it is also necessary to focus on the specific question of law at issue to determine whether it falls within the tribunal's expertise and whether deference is warranted. The

Comm. (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 195 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée *sub nom. Williams (Byron Leslie) c. British Columbia Securities Comm.*, [1991] 1 R.C.S. xv, et *Gordon Capital Corp. c. Ontario Securities Commission* (1991), 14 O.S.C.B. 2713 (Cour div.).

C. *Rôle de la Commission*

Lorsqu'un tribunal participe à l'établissement de politiques, il faut faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de son interprétation de la loi. Telle était l'opinion de notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Bradco*, à la p. 337:

... on peut faire une distinction entre les arbitres *ad hoc* nommés pour régler un différend particulier découlant d'une convention collective et les commissions des relations de travail chargées de surveiller l'interprétation permanente de textes législatifs et d'établir des politiques et précédents en matière de relations du travail dans un ressort donné. Il faut faire preuve, en ce qui concerne ces commissions et d'autres tribunaux spécialisés chargés de réglementer un domaine industriel ou technologique précis, d'une plus grande retenue à l'égard de leur interprétation de la loi, et ce, malgré l'absence de clause privative. [Je souligne.]

En l'espèce, la Commission a pour rôle principal d'appliquer la Loi. Elle participe aussi à l'établissement de politiques. C'est donc un autre motif de faire preuve de retenue à l'égard de ses décisions. Cependant, il importe de faire remarquer que la Commission n'a qu'un rôle limité en matière d'établissement de politiques. Je veux dire par là que ses politiques ne peuvent obtenir le statut de lois ni être considérées comme telles en l'absence d'un pouvoir à cet effet prévu dans la loi.

Compte tenu des précédents, des principes et des politiques, je conclus qu'il faut généralement faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des décisions que la Commission rend à l'intérieur de sa sphère de compétence.

D. *Questions de droit en litige*

Comme je l'ai mentionné, il faut également examiner la question de droit en litige pour déterminer si elle relève de la compétence du tribunal et s'il y a lieu de faire preuve de retenue. En l'espèce, les

specific sections at issue in this case are ss. 67, 144 and 154.2 of the Act.

The decision to make an order and the precise nature of that order, under s. 144, as well as any decision obliging a person to pay the costs of a hearing necessitated by his or her conduct, pursuant to s. 154.2, are clearly within the jurisdiction and expertise of the Commission. The other provision at issue is s. 67 which involves an interpretation of the words "material change" and "as soon as practicable".

Both "material change" and "material fact" are defined in s. 1 of the Act. They are defined in terms of the significance of their impact on the market price or value of the securities of an issuer. The definition of "material fact" is broader than that of "material change"; it encompasses any fact that can "reasonably be expected to significantly affect" the market price or value of the securities of an issuer, and not only changes in the "business, operations, assets or ownership of the issuer" that would reasonably be expected to have such an effect.

The use of these two terms in the Act also reflects the differences in their scope. For example, a prospectus relating to a public distribution of securities must disclose all material facts relating to the issuer: ss. 44(1), 45(2), 49(1) and 50(1). However, the prospectus need be amended only when a material change occurs: ss. 47(1), (2) and 48(1).

Sections 67 and 68 of the Act also reflect the differences between a material change and a material fact. As Victor P. Alboini points out in *Securities Law and Practice*, 2nd ed., vol. 2 (1984), at p. 18-13, "[t]he concept of 'material change' should be distinguished from that of 'material fact'. Undisclosed material facts concerning a reporting issuer may not require timely disclo-

dispositions visées sont les art. 67, 144 et 154.2 de la Loi.

La Commission possède clairement toute la compétence et l'expertise nécessaires lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance et d'en préciser la nature, conformément à l'art. 144, et d'obliger une personne à payer, conformément à l'art. 154.2, les dépens d'une audience à laquelle sa conduite a donné lieu. L'autre disposition en cause est l'art. 67, qui soulève la question de l'interprétation des expressions «changement important» et «dès que possible».

L'article premier de la Loi définit les expressions «changement important» et «fait important». Ces expressions sont définies en fonction de l'importance de l'effet du changement ou du fait sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières d'un émetteur. La définition de l'expression «fait important» est plus large que celle de «changement important»; un «fait important» s'entend de tout fait «dont il est raisonnable de s'attendre» qu'il aura «un effet appréciable» sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières d'un émetteur, et non seulement des changements «dans [l]es activités commerciales, [l']exploitation, [l]es éléments d'actif ou [l]a propriété» de l'émetteur, dans les cas où il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un tel effet.

L'emploi de ces deux expressions dans la Loi est également une indication qu'elles ont une portée différente. Par exemple, un prospectus visant un placement de valeurs mobilières dans le public doit divulguer tous les faits importants relativement à l'émetteur: par. 44(1), 45(2), 49(1) et 50(1). Cependant, il y a lieu de modifier le prospectus seulement dans les cas où il se produit un changement important: par. 47(1), (2) et 48(1).

Les articles 67 et 68 de la Loi reflètent également les différences qui existent entre un changement important et un fait important. Comme l'indique Victor P. Alboini dans *Securities Law and Practice*, 2^e éd., vol. 2 (1984), à la p. 18-13, [TRA-DUCTION] «[i]l faut établir une distinction entre le «changement important» et le «fait important». Les faits importants non divulgués relativement à

sure . . . although they do restrict trading". Under the timely disclosure provision of the Act, s. 67, only material changes require that a press release be issued and that a report be filed. In contrast, under the insider trading provision, s. 68, a person who is in a special relationship with a reporting issuer is prohibited from buying or selling securities of the issuer when the person knows of either a material change or a material fact which has not been publicly disclosed.

As already mentioned, the present case turns partly on the definition of "material change". Three elements emerge from that definition: the change must be (a) "in relation to the affairs of an issuer", (b) "in the business, operations, assets or ownership of the issuer" and (c) material, i.e., would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of the securities of the issuer. Thus, not all changes are material changes; the latter are set in the context of making sure that issuers keep investors up to date. Consequently, it would seem wholly uncontroversial that the determination of what information should be disclosed is an issue which goes to the heart of the regulatory expertise and mandate of the Commission, i.e., regulating the securities markets in the public's interest.

This case also turns on the meaning of the words "as soon as practicable" in s. 67 of the Act which reveal when a material change should be disclosed to the public. In my view, the timeliness of disclosure also falls within the Commission's regulatory jurisdiction.

In summary, having regard to the nature of the securities industry, the Commission's specialization of duties and policy development role as well as the nature of the problem before the court, con-

un émetteur assujetti ne doivent peut-être pas faire l'objet d'une information occasionnelle [. . .] même s'ils limitent effectivement les opérations». En vertu de l'art. 67, qui porte sur l'information occasionnelle, seulement les changements importants nécessitent la publication d'un communiqué et le dépôt d'un rapport. Par contre, en vertu de l'art. 68, qui porte sur les opérations d'initiés, il est interdit à quiconque a des rapports particuliers avec un émetteur assujetti et qui est au courant d'un fait important ou d'un changement important qui n'a pas été divulgué au public, d'acheter ou de vendre des valeurs mobilières de cet émetteur.

Comme je l'ai déjà mentionné, le présent pourvoi porte en partie sur la définition de l'expression «changement important». Trois éléments se dégagent de cette définition: le changement a) «[d]ans le contexte des affaires d'un émetteur», b) «s'entend d'un changement dans ses activités commerciales, son exploitation, ses éléments d'actif ou sa propriété» et c) doit être important, c'est-à-dire qu'il doit être raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de l'émetteur. En conséquence, ce ne sont pas tous les changements qui sont des changements importants; la divulgation des changements importants a pour but de veiller à ce que les émetteurs tiennent les investisseurs au courant. Par conséquent, il semblerait tout à fait incontestable d'affirmer que la détermination des renseignements à divulguer est une question qui touche directement l'expertise et le mandat que la loi confère à la Commission, soit la réglementation du marché des valeurs mobilières dans l'intérêt public.

Le présent pourvoi porte aussi sur l'interprétation de l'expression «dès que possible» à l'art. 67 de la Loi, c'est-à-dire le moment où un changement important doit être divulgué au public. À mon avis, la détermination de cette question relève également de la compétence de la Commission en matière de réglementation.

En résumé, compte tenu de la nature de l'industrie des valeurs mobilières, des fonctions spécialisées de la Commission, de son rôle en matière d'établissement de politiques et de la nature du

siderable deference is warranted in the present case notwithstanding the fact that there is a statutory right of appeal and there is no privative clause.

2. In the case at bar, did the British Columbia Court of Appeal exercise the appropriate standard of review?

A. *The Drilling Results and Share Options Transactions*

The Commission's conclusion that s. 67 was violated in the context of the share options transactions can be subdivided into two parts. The first element of the conclusion is that undisclosed drilling results can constitute a material change in the affairs of a reporting issuer. Locke J.A. of the Court of Appeal agreed. Lambert J.A., however, writing for the majority of the Court of Appeal, was of a different view. He held at p. 268 that information obtained from assay results cannot constitute a material change:

In my opinion, geological information obtained from observations of visible matter and geological information from drill cores in the form of assay results, or in the form of a properly plotted plan prepared from the results of a number of assays, are all capable of being material facts. Let us assume that the geological information relied upon by the commission constituted material facts in this case. That does not mean that the same geological information constituted material changes. In my opinion, geological information of the nature obtained on a continuing basis as a result of a planned drilling program does not constitute a change in the business, the operations, the assets or the ownership of the issuer, no matter what information is obtained from the drilling results. Such information may constitute a basis for a perception that there has been a change in the value of an asset. But that is a far different thing than a change in an asset. [Emphasis added.]

As already mentioned, the determination of what constitutes a material change for the purposes of general disclosure under s. 67 of the Act is a matter which falls squarely within the regulatory mandate and expertise of the Commission. Consequently, when the majority of the Court of Appeal

problème en cause, il y a lieu de faire preuve en l'espèce d'une grande retenue malgré le droit d'appel prévu par la loi et l'absence d'une clause privative.

2. En l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle appliqué la norme de contrôle appropriée?

A. *Les résultats d'analyse de forage et les options d'achat d'actions*

On peut subdiviser en deux la conclusion de la Commission qu'il y a eu violation de l'art. 67 dans le contexte des options d'achat d'actions. Le premier élément de la conclusion est que des résultats de forage non divulgués peuvent constituer un changement important dans les affaires d'un émetteur assujetti. Le juge Locke de la Cour d'appel est de cet avis. Cependant, le juge Lambert, s'exprimant au nom de la majorité, a formulé un avis différent. Il a affirmé, à la p. 268, que les renseignements tirés des résultats de titrage ne peuvent constituer un changement important:

[TRADUCTION] À mon avis, sont tous susceptibles de constituer des faits importants les renseignements géologiques tirés des observations de matière visible et ceux tirés de carottes de forage sous forme de résultats de titrage ou d'un plan soigneusement dressé à partir de divers résultats de titrage. Supposons que les renseignements géologiques utilisés par la commission constituaient des faits importants. Cela ne signifie pas que ces renseignements géologiques constituaient des changements importants. À mon avis, les renseignements géologiques obtenus de façon continue dans le cadre d'un programme de forage planifié ne constituent pas un changement dans les activités commerciales, l'exploitation, les éléments d'actif ou la propriété de l'émetteur, quels que soient les renseignements tirés des résultats de forage. On peut se fonder sur ces renseignements pour affirmer qu'il s'est produit un changement dans la valeur d'un élément d'actif. Cependant, c'est loin d'être la même chose qu'un changement dans un élément d'actif. [Je souligne.]

Comme je l'ai mentionné, la détermination de ce qui constitue un changement important pour les fins de divulgation générale en vertu de l'art. 67 de la Loi est une question qui relève directement du mandat et de l'expertise de la Commission en matière de réglementation. Par conséquent, la Cour

rejected the Commission's findings on this matter, it fell into error. Furthermore, the majority's view on this point is, in my opinion, clearly wrong and is inconsistent with the economic and regulatory realities the Act sets out to address. Counsel for the respondents conceded this point, during the hearing of this appeal, and stated that "information from a drilling program can be tantamount to a material change".

In the mining industry, mineral properties are constantly being assessed to determine whether there is a change in the characterization of the property. Thus, from the point of view of investors, new information relating to a mining property (which is an asset) bears significantly on the question of that property's value. Accordingly, I agree with the approach taken by the Commission, namely that a change in assay and drilling results can amount to a material change depending on the circumstances.

George C. Stevens and Stephen D. Wortley, authors of "Murray Pezim in the Court of Appeal: Draining the Lifeblood from Securities Regulation" (1992), 26 *U.B.C. L. Rev.* 331, are of the same view. In commenting on the above quoted passage, they stated the following at pp. 336-37:

To the geologist or the mining property valuator, Lambert J.A.'s statement is astonishing. Every mine starts from host rock. Every drill hole leads not merely to a change of perception of the asset: it is a piece in the puzzle that ultimately determines whether the asset is moose pasture or ore. Each new result may change the characterization of the asset from rock, to mineral deposit, to inferred ore, to probable ore and ultimately, with enough holes supported by a feasibility study, to proven ore.

Even more astonishing was the Court's conclusion, without receipt of any evidence, that drilling results

d'appel à la majorité a commis une erreur lorsqu'elle a omis d'examiner s'il y avait lieu de faire preuve de retenue relativement aux conclusions de la Commission sur cette question. En outre, bien qu'il ne soit pas nécessaire que je me prononce sur ce point, j'estime que les conclusions de la Commission étaient correctes et compatibles avec les réalités sur les plans économique et réglementaire dont la Loi veut tenir compte. Au cours de l'audition du pourvoi, l'avocat des intimés a reconnu ce point et a affirmé que [TRADUCTION] «les renseignements obtenus dans le cadre d'un programme de forage peuvent équivaloir à un changement important».

Dans l'industrie minière, on procède à des évaluations constantes des propriétés minières pour déterminer s'il y a eu un changement dans leur caractérisation. Par conséquent, du point de vue des investisseurs, tout nouveau renseignement sur les propriétés minières (un élément d'actif) a une incidence importante sur la question de leur valeur. En conséquence, je suis d'accord avec la conclusion de la Commission qu'un changement dans les résultats de titrage et de forage peut, selon les circonstances, constituer un changement important.

George C. Stevens et Stephen D. Wortley, auteurs de «Murray Pezim in the Court of Appeal: Draining the Lifeblood from Securities Regulation» (1992), 26 *U.B.C. L. Rev.* 331, sont du même avis. Relativement au passage que je viens de citer, ils affirment, aux pp. 336 et 337:

[TRADUCTION] Pour le géologue ou l'évaluateur de propriétés minières, l'affirmation du juge Lambert de la Cour d'appel est étonnante. Pour qu'il y ait une mine, il doit y avoir une roche encaissante. Chaque trou de forage n'aboutit pas simplement à un changement dans la façon dont le bien est perçu: c'est un morceau du casse-tête qui permet de déterminer si le bien en question est un pâturage ou s'il renferme du minerai. Chaque nouveau résultat peut changer la caractérisation du bien: roche, dépôt de minerai, réserve de minerai possible, réserve de minerai probable ou, après suffisamment de trous de forage et une étude de faisabilité, réserve de minerai prouvé.

Ce qui est encore plus étonnant est le fait que la cour a conclu, sans aucune preuve à l'appui, que les résultats

would never constitute a change in the operations or assets of an issuer.

de forage ne constitueraient jamais un changement dans l'exploitation ou les éléments d'actif d'un émetteur.

Can the Court really suggest that there has not been a change in a company's assets when, following adequate sampling, a discovery is made on a portion of its property that had been previously categorized as having no known mineralization? Surely, given the basic aim of the *Act*—to protect the investing public through full, true and plain disclosure of all material facts relating to securities—one could conclude (as did Mr. Justice Locke, the dissenting judge) that the Commission did not make a “plain and vital mistake” in the application of the words in s. 67 of the *Act* to the facts before it . . .

Consequently, I am of the view, as found by the Commission and Locke J.A., that the assay results constituted a change with respect to or in the companies' assets and is “material” for the purposes of the *Act*.

The second element of the Commission's conclusion that s. 67 was violated in the context of the share options transactions is that the obligation to disclose “as soon as practicable” takes on a different meaning when an issuer is about to engage in a securities transaction:

Where an issuer proposes to engage in a securities transaction . . . it must ensure that any undisclosed material change is disclosed before proceeding with the transaction. The words “as soon as practicable” have a different meaning in this context than they might in the absence of the securities transaction.

Senior Management were responsible for managing the affairs of Prime and Calpine and for ensuring that they complied with their obligations under the *Act*. In carrying out this responsibility, Senior Management ought to have made reasonable inquiries, before causing Prime and Calpine to engage in securities transactions, to

La cour peut-elle vraiment laisser entendre qu'il ne se produit pas de changement dans les éléments d'actif d'une société dans le cas où, après un échantillonnage adéquat, une découverte est faite sur une partie de terrain où, selon la caractérisation antérieure, il n'existait pas de minéralisation? Certes, compte tenu de l'objet fondamental de la *Loi* — protéger le public investisseur au moyen d'une divulgation complète, fidèle et claire de tous les faits importants se rapportant aux valeurs mobilières —, on pourrait conclure (à l'instar du juge Locke, dissident) que la Commission n'a pas commis une «erreur évidente et fondamentale» lorsqu'elle a appliqué aux faits dont elle était saisie le libellé de l'art. 67 de la *Loi* . . .

Par conséquent, je suis d'avis, comme l'ont affirmé la Commission et le juge Locke de la Cour d'appel, que les résultats de titrage constituaient un changement dans les éléments d'actif de la société ou les concernant et que ce changement est «important» pour les fins de la *Loi*.

Le deuxième élément de la conclusion de la Commission, selon laquelle il y aurait eu violation de l'art. 67 dans le contexte des options d'achat d'actions est que l'obligation de divulguer «dès que possible» prend un sens tout à fait différent si un émetteur est sur le point de conclure une opération sur valeurs mobilières:

[TRADUCTION] . . . lorsqu'un émetteur envisage de procéder à une opération sur valeurs mobilières, il doit veiller à ce que soit divulgué préalablement tout changement important qui ne l'a pas encore été. Dans ce contexte, l'expression «dès que possible» a un sens différent de celui qu'elle pourrait avoir en l'absence d'une telle opération.

Les cadres supérieurs étaient chargés de gérer les affaires de Prime et de Calpine et de veiller à ce que celles-ci se conforment aux obligations de la *Loi*. Dans l'exercice de cette responsabilité, avant de faire participer Prime et Calpine à une opération sur valeurs mobilières, les cadres supérieurs auraient dû faire une

ensure that all material changes in their affairs had been disclosed.

enquête raisonnable pour s'assurer qu'il y avait eu divulgation de tous les changements importants dans leurs affaires.

Considering the importance of the principles involved here, any securities transactions by Prime or Calpine in their own securities warranted inquiries and any reasonable inquiries would have led to any undisclosed material changes that may have existed. [Emphasis added.]

Compte tenu de l'importance des principes en cause, toute opération par Prime ou Calpine sur leurs propres valeurs mobilières devait être précédée d'une enquête; d'ailleurs, toute enquête raisonnable aurait permis de découvrir les changements importants qui n'avaient pas été divulgués. [Je souligne.]

By stating the following at p. 279, the majority of the Court of Appeal appeared to disagree:

La Cour d'appel à la majorité paraît être en désaccord avec la Commission lorsqu'elle affirme, à la p. 279:

... the commission erred in law by interpreting and applying the defined phrase "material change" in s. 67 as if it were equivalent to the phrase "material fact" ...

[TRADUCTION] ... la commission a commis une erreur de droit en interprétant et en appliquant l'expression «changement important» figurant à l'art. 67 comme si elle avait un sens équivalant à l'expression «fait important» ...

As a consequence of that error in law, the commission regarded Prime and Calpine and the senior officers of those issuers as having a duty, before Prime or Calpine engaged in any securities transaction, to make enquiries of the senior geologist who was responsible for releasing all geological information as soon as it was practicable to do so in comprehensible form, about whether there was any material geological information that had not been released.

Par suite de cette erreur de droit, la commission a considéré que Prime et Calpine et les cadres supérieurs de ces émetteurs avaient l'obligation, avant même que Prime ou Calpine puissent procéder à des opérations sur valeurs mobilières, de s'enquérir auprès du géologue principal, qui était chargé de publier dès que possible tous renseignements sous une forme exhaustive, de tout renseignement géologique important qui n'aurait pas été divulgué.

There are sound arguments both for and against the imposition of such a duty. But in balancing those arguments the legislature has chosen against imposing that duty.

Il existe des arguments solides pour et contre l'imposition d'une telle obligation. Cependant, après les avoir soupesés, le législateur a décidé de ne pas l'imposer.

However, in this next passage at p. 279, the majority seems to say that, although there is no duty to inquire about material facts, there may be a duty to inquire about material changes:

Toutefois, dans le passage qui suit, la cour à la majorité semble affirmer, à la p. 279, qu'il peut exister une obligation de s'enquérir des changements importants, même s'il n'y a pas d'obligation de s'enquérir des faits importants:

There is a duty to disclose material facts that are known. There is a duty to disclose material changes in the business, operations, assets or ownership of the issuer, and perhaps to make inquiries about whether there are such material changes if it should happen that they are not known. But there is no duty to inquire about material facts, and to find them out, and not to engage in securities transactions if there [were] any material facts that could have been found out. Section 68(2) [since

[TRADUCTION] Il existe une obligation de divulguer les faits importants connus. Il existe une obligation de divulguer tous les changements importants dans les activités commerciales, l'exploitation, les éléments d'actif ou la propriété de l'émetteur, voire peut-être une obligation de s'enquérir des changements importants non connus. Cependant, il n'existe pas d'obligation de s'enquérir des faits importants, ni de les découvrir, ni de ne pas procéder à des opérations sur valeurs mobilières si des

repealed] specifically contemplates that there is no such duty.

From this passage, it appears that the majority of the Court of Appeal is itself unclear as to whether or not there is a duty under s. 67 to inquire as to the existence of material changes before causing a reporting issuer to engage in securities transactions. In any event, I find that it was well within the Commission's jurisdiction to interpret s. 67 in the manner it did, and I fully agree with its position on this point. Although a duty to inquire is not expressly stated in s. 67, such an interpretation contextualizes the general obligation to disclose material changes and guarantees the fairness of the market, which is the underlying goal of the Act. Stevens and Wortley, *supra*, also support this position, at pp. 338-39:

Now the duty to disclose all material facts arises when a company enters the public market. Its prospectus must contain full, true and plain disclosure of all material facts. Compliance with that fundamental rule does indeed put a duty of inquiry on those who sign the prospectus, Lambert J.A.'s statement notwithstanding. Thereafter, the duty to disclose material facts is really a duty to disclose *changes* from the basket of facts disclosed originally and from time to time afterwards. That is why the Act uses "material facts" and "material changes" in different contexts.

Nowhere, however, in this underlying statutory scheme of continuous disclosure is there a principle that states the duty of inquiry imposed upon management when a company first enters the securities markets is in some way lessened thereafter. On this point the Court has made unhappy new law. [Emphasis in original.]

It must be noted that a duty to inquire under s. 67 is not incompatible with the insider trading provision of the Act, s. 68. If an issuer wishes to engage in a securities transaction, its directors must inquire about all material changes in the issu-

faits importants auraient pu être découverts. Le paragraphe 68(2) [abrogé depuis] prévoit explicitement l'absence d'une telle obligation.

Il ressort de ce passage que la Cour d'appel à la majorité ne précise pas clairement s'il existe ou non en vertu de l'art. 67 une obligation de s'enquérir de l'existence de changements importants avant qu'un émetteur assujéti puisse participer à des opérations sur valeurs mobilières. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis qu'il relevait nettement de la compétence de la Commission d'interpréter l'art. 67 comme elle l'a fait et qu'elle était en droit de s'attendre à une certaine retenue à cet égard. Je souscris pleinement à son opinion sur ce point. Bien que l'art. 67 ne précise pas explicitement une obligation de s'enquérir, une telle interprétation permet de placer dans son contexte l'obligation générale de divulgation de tout changement important et de garantir l'équité du marché, objet sous-jacent de la Loi. Stevens et Wortley, *loc. cit.*, appuient cette position, aux pp. 338 et 339:

[TRADUCTION] Dès qu'une société devient une société ouverte, elle est obligée de divulguer tous les faits importants. Son prospectus doit contenir une divulgation complète, fidèle et claire de tous les faits importants. Le respect de cette règle fondamentale impose aux signataires du prospectus, nonobstant les propos du juge Lambert, une obligation de s'enquérir. De ce fait, l'obligation de divulguer les faits importants est réellement une obligation de divulguer les *changements* dans les faits initialement divulgués, et par la suite de le faire occasionnellement. C'est pourquoi la Loi utilise les expressions «faits importants» et «changements importants» dans des contextes différents.

Cependant, à l'intérieur de ce régime sous-jacent d'information continue prévu dans la loi, on ne retrouve aucun principe qui prévoit que diminue avec le temps l'obligation initiale de s'enquérir qu'ont les cadres au moment où une société accède au marché des valeurs mobilières. Sur ce point, la Cour d'appel a formulé de malencontreuses nouvelles règles de droit. [En italique dans l'original.]

Il faut se rappeler que l'obligation de s'enquérir en vertu de l'art. 67 n'est pas incompatible avec la disposition sur les opérations d'initiés (art. 68). Si un émetteur souhaite participer à une opération sur valeurs mobilières, ses administrateurs doivent

er's affairs. Consequently, the directors will have, at one point in time, knowledge of undisclosed material facts and material changes which constitute inside information. However, as long as the material facts and material changes are adequately disclosed prior to the transaction, there will be no possibility of insider trading. It must also be noted that the erecting of a Chinese Wall, which prevents directors of a company from having inside information, does not erase the duty imposed on directors to inquire about material changes, as the disclosure requirements under s. 67 are on the issuer.

Having concluded that information contained in drilling results can constitute a material change in the affairs of a reporting issuer and that s. 67 imposes on senior management a duty to inquire as to the existence of material changes before causing a reporting issuer to engage in a securities transaction, the Commission went on to review the circumstances surrounding the share options transactions of July 12 and 31, August 15 and 17, 1989. The Commission made the following findings: (1) The July 12 transaction was completed after a new zone of mineralization had been identified, as well as a possible doubling of the reserves, but before the news release of July 13 was issued. (2) The July 31 transaction was concluded after the discovery of visible gold and extensive other mineralization in hole 109, but before the news release of August 2. (3) The August 15 transaction was completed after Prime was in possession of the assay results for holes 93 and 101 but before the news release was issued that afternoon. (4) The August 17 transaction followed the arrival of the gold assays for hole 109; the news release relating to these assays was issued on August 22. Based on these findings, the Commission held that the respondents failed to disclose various material changes in the affairs of Prime and Calpine before causing these two companies to engage in securi-

s'enquérir de tout changement important dans ses affaires. Par conséquent, les administrateurs seront, à un moment donné, au courant de faits importants non divulgués et de changements importants qui constituent des renseignements d'initiés. Cependant, dans la mesure où ces faits importants et ces changements importants sont divulgués comme il se doit avant l'opération, il n'y a pas de risque d'opérations d'initiés. On doit aussi faire remarquer que l'établissement d'une muraille de Chine, destiné à empêcher que les administrateurs d'une société aient accès à des renseignements d'initiés, n'élimine pas l'obligation qu'ils ont de s'enquérir des changements importants, puisque c'est l'émetteur qui, en vertu de l'art. 67, doit respecter les exigences en matière de divulgation.

Après avoir conclu que les renseignements contenus dans les résultats de forage peuvent constituer un changement important dans les affaires d'un émetteur assujéti et que l'art. 67 impose aux cadres supérieurs une obligation de s'enquérir de l'existence de changements importants avant qu'un émetteur assujéti puisse participer à une opération sur valeurs mobilières, la Commission a examiné les circonstances entourant les opérations d'options d'achat d'actions des 12 et 31 juillet et des 15 et 17 août 1989. La Commission a tiré les conclusions suivantes: (1) L'opération du 12 juillet a été achevée après la découverte d'une nouvelle zone minéralisée et d'un doublement possible des réserves, mais avant la publication du communiqué du 13 juillet. (2) L'opération du 31 juillet a été terminée après la découverte d'or visible et de nombreuses zones minéralisées dans le trou 109, mais avant le communiqué du 2 août. (3) L'opération du 15 août a été complétée après que Prime ait eu en sa possession les résultats de titrage pour les trous 93 et 101, mais avant la publication du communiqué dans l'après-midi. (4) L'opération du 17 août a eu lieu après l'arrivée des analyses de teneur en or pour le trou 109; le communiqué relatif à ces analyses a été publié le 22 août. Se fondant sur ces conclusions, la Commission a conclu que les intimés avaient omis de divulguer divers changements importants dans les affaires de Prime et de Calpine avant que celles-ci prennent part à des

ties transactions. Consequently, the respondents had contravened s. 67 of the Act.

Like Locke J.A., I find that there was overwhelming evidence to support each of the Commission's findings and I would not disturb any of them. Consequently, the majority of the Court of Appeal erred in interfering with the Commission's conclusion that, with respect to the share options transactions, the respondents breached their timely disclosure obligations under s. 67 of the Act.

As the majority of the Court of Appeal did not discuss the fifth impugned share options transaction, the Commission's finding with respect to this transaction will stand.

B. *The Private Placement*

The majority of the Court of Appeal agreed with the Commission that s. 67 of the Act was breached when Calpine failed to disclose the identity of the placee or the fact that Prime was to increase its control over Calpine from 23 to 36 percent, assuming exercise of the warrants. In this respect, it is worth noting that by obtaining a 36 percent holding in Calpine, Prime thereby could prevent the passing of a special resolution as defined in s. 1 of the *Company Act*, which in turn empowered Prime to prevent a number of important transactions for which a special resolution of shareholders is required under the *Company Act* (see, for example, ss. 255, 267 and 272).

The majority also agreed that Calpine misled the VSE on July 17, 1989 by representing that the private placement was to be brokered by Prime Equities. However, the majority overturned the Commission's finding that Page falsely certified to the VSE on August 18, 1989 that there were no material changes in the affairs of Calpine that had not been publicly disclosed. It predicated its conclu-

opérations sur valeurs mobilières. Les intimés avaient en conséquence contrevenu à l'art. 67 de la Loi.

À l'instar du juge Locke, je suis d'avis qu'il existe de nombreux éléments de preuve à l'appui de chacune des conclusions de la Commission et qu'il n'y a pas lieu de les modifier. Par conséquent, la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en modifiant la conclusion de la Commission que, relativement à l'exercice des options d'achat d'actions, les intimés avaient contrevenu aux obligations d'information occasionnelle prévues à l'art. 67 de la Loi.

Puisque la Cour d'appel à la majorité n'a pas examiné la cinquième opération relative aux options d'achat d'actions, la conclusion de la Commission à cet égard est confirmée.

B. *Le placement privé*

La Cour d'appel à la majorité a souscrit à l'opinion de la Commission, qui avait affirmé qu'il y avait eu violation de l'art. 67 de la Loi lorsque Calpine a omis de divulguer l'identité de l'acheteur ou le fait que le contrôle de Prime sur Calpine devait passer de 23 à 36 pour 100, en supposant qu'elle aurait exercé les bons de souscription d'actions. À cet égard, il importe de signaler que, en exerçant un contrôle sur 36 pour 100 des actions de Calpine, Prime pouvait empêcher l'adoption d'une résolution spéciale au sens de l'article premier de la *Company Act* et, de ce fait, la tenue d'un certain nombre d'opérations importantes nécessitant une résolution spéciale des actionnaires en vertu de la *Company Act* (voir, par exemple, les art. 255, 267 et 272).

La Cour d'appel à la majorité a également confirmé que Calpine avait induit la Bourse en erreur le 17 juillet 1989 en l'informant que le placement privé devait se faire par l'intermédiaire de Prime Equities. Cependant, elle a infirmé la conclusion de la Commission que, le 18 août 1989, Page avait faussement attesté à la Bourse qu'il n'était pas survenu, dans les affaires de Calpine, de changements importants non divulgués au public. Elle a fondé sa

sion on the fact that undisclosed assays cannot constitute a material change.

As already mentioned, the determination of what constitutes a material change goes to the heart of the expertise and mandate of the Commission. Furthermore, having regard to the realities of the mining industry, information from assay results can properly be characterized as a material change in the business, operations, assets or ownership of a reporting issuer. To conclude, I agree with Locke J.A. that the findings of the Commission on the private placement issue reveal no error.

C. The ALC Withdrawal

The majority of the Court of Appeal overturned the Commission's finding that s. 67 had been breached by not disclosing the ALC withdrawal. The majority viewed the ALC withdrawal in contractual terms and stated that it did not have to be disclosed until there was repudiation of the contract and such repudiation was accepted by Prime.

In my view, this narrow approach is wrong and is inconsistent with the purpose of the Act, i.e., to protect the investing public. Again, like Locke J.A., I find there is little basis for disagreeing with the Commission's conclusions. ALC's withdrawal represented a \$4.25 million contractual dispute. It would seem wholly uncontroversial to consider such a dispute a change in the business, operations, ownership or affairs of a reporting issuer. As Stevens and Wortley point out, *supra*, at p. 338, "an account receivable that was to be transformed into cash on September 29 became instead nothing more than a disputed claim for breach of contract". Accordingly, non-disclosure of this dispute constituted a failure to disclose a material change. Thus, the majority of the Court of Appeal erred in rejecting the Commission's findings on this point.

conclusion sur le fait que les résultats de titrage non divulgués ne pouvaient constituer un changement important.

Comme je l'ai déjà mentionné, la détermination de ce qui constitue un changement important touche directement l'expertise et le mandat de la Commission. En outre, compte tenu des réalités qui caractérisent l'industrie minière, on peut qualifier les résultats de titrage de changement important dans les activités commerciales, l'exploitation, les éléments d'actif ou la propriété d'un émetteur assujetti. En conclusion, à l'instar du juge Locke, je suis d'avis que la Commission n'a pas commis d'erreur dans ses conclusions relatives au placement privé.

C. Le retrait d'ALC

La Cour d'appel à la majorité a infirmé la conclusion de la Commission qu'il y avait eu violation de l'art. 67 à cause de la non-divulgaration du retrait d'ALC. Elle a considéré le retrait d'ALC du point de vue contractuel et précisé que ce retrait n'avait pas à être divulgué tant qu'il n'y avait pas eu résiliation du contrat et acceptation de cette résiliation par Prime.

À mon avis, cette interprétation restrictive est erronée et incompatible avec l'objet de la Loi, qui est de protéger le public investisseur. De nouveau, à l'instar du juge Locke, j'estime qu'il y a peu de motifs de ne pas souscrire aux conclusions de la Commission. Le retrait d'ALC représentait un différend contractuel de l'ordre de 4,25 millions de dollars. Il semble absolument incontestable qu'un tel différend constitue un changement dans les activités commerciales, l'exploitation, la propriété ou les affaires d'un émetteur assujetti. Comme l'ont fait remarquer Stevens et Wortley, *loc. cit.*, à la p. 338, [TRADUCTION] «une créance qui devait devenir une encaisse le 29 septembre n'a abouti qu'à une revendication pour inexécution de contrat». La non-divulgaration de ce différend constituait en conséquence une omission de divulguer un changement important. La Cour d'appel à la majorité a donc commis une erreur en rejetant les conclusions de la Commission sur ce point.

In stating the above, I do not wish to imply that it is always self-evident as to what constitutes a material change. In this respect, it is interesting to note that the Chair of the Ontario Securities Commission has encouraged in that province an early warning system which allows informal disclosure to the Commission of a proposed transaction on a confidential basis. According to Alboini, *supra*, at pp. 18-14 and 18-15, such a system "allows for appropriate steps to be taken by the Commission to permit stock watches, while also creating an opportunity to discuss with Commission members or staff possible orders or applications that may be required in order to facilitate the transaction from a regulatory point of view".

D. The Orders

The respondents' argument that there must be a rational link between the conduct of the person in question and the order made by the Commission must be rejected. As we have seen, s. 144 of the Act gives the Commission a broad discretion to make orders that it considers to be in the public interest. Thus, a reviewing court should not disturb a Commission's order unless the Commission has made some error in principle in exercising its discretion or has exercised its discretion in a capricious or vexatious manner.

The discretion given to Securities Commissions to determine what is in the public interest was discussed by the Ontario Court of Appeal in *Re the Securities Commission and Mitchell*, [1957] O.W.N. 595, at p. 599:

The Chairman and other members of the Commission are selected and appointed by the Lieutenant-Governor in Council for their high qualifications, ability and experience. It is the function and duty of the Commission under s. 8 of The Securities Act to form an opinion whether or not it is in the public interest to suspend or cancel the registration of any person. It is intended by the legislation that the Commission shall have extremely wide powers of discretion in forming its opinion.

Je ne veux pas pour autant donner à entendre qu'on saura toujours ce qui constitue un changement important. À cet égard, il est intéressant de constater que le président de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a favorisé dans cette province l'établissement d'un système d'avertissement rapide qui permet aux intéressés de divulguer tout projet d'opération à la Commission, de façon informelle et à titre confidentiel. Selon Alboini, *op. cit.*, aux pp. 18-14 et 18-15, ce système [TRADUCTION] «permet à la Commission de prendre des mesures appropriées pour surveiller les opérations sur actions, et aux intéressés d'examiner avec les membres ou le personnel de la Commission les ordonnances ou les demandes susceptibles d'être nécessaires pour faciliter l'opération du point de vue de la réglementation».

d D. Les ordonnances

Je dois rejeter l'argument des intimés selon lequel il doit exister un lien rationnel entre la conduite de la personne en question et l'ordonnance rendue par la Commission. Comme nous l'avons vu, l'art. 144 de la Loi donne à la Commission un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre les ordonnances qu'elle estime dans l'intérêt public. En conséquence, un tribunal qui siège en révision ne devrait pas modifier une ordonnance rendue par la Commission, sauf si celle-ci a commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou si elle l'a exercé d'une façon arbitraire ou vexatoire.

Dans l'arrêt *Re the Securities Commission and Mitchell*, [1957] O.W.N. 595, à la p. 599, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné le pouvoir discrétionnaire qui est conféré aux commissions des valeurs mobilières de déterminer ce qui est dans l'intérêt public:

[TRADUCTION] Le lieutenant-gouverneur en conseil choisit et nomme le président et les autres membres de la Commission en fonction de leur expertise, leur compétence et leur expérience. En vertu de l'art. 8 de la *Securities Act*, il appartient à la Commission de déterminer s'il est dans l'intérêt public de suspendre ou d'annuler l'inscription d'une personne. La loi vise à conférer à la Commission un pouvoir discrétionnaire extrêmement vaste lorsqu'elle se fait une opinion.

The opinion of the Commission should not be set aside or altered upon an appeal unless the Commission has erred in some principle of law or unless it appears clearly that the Commission has not proceeded to form its opinion in a judicial manner or unless it appears that the opinion of the Commission is so clearly wrong as to amount to an injustice requiring a remedy on appeal.

These words were adopted with approval in *Bay Street West Securities (1983) Inc. v. Alberta Securities Commission* (1984), 56 A.R. 19 (C.A.).

In the present case, the Commission exercised its discretion in a judicial manner. Following the release of its findings, it held a supplementary hearing to receive submissions from both parties as to the appropriate sanctions to impose on the respondents. In its final decision, the Commission held that the respondents were responsible for Prime and Calpine's contravention of the timely disclosure requirements of the Act. It further held that the respondents' conduct was related to distributions of securities under the exemptions in the Act. Consequently, the Commission removed the respondents' trading exemptions under the Act for a period of one year.

Some may argue that the Commission could not make the orders it did with respect to the respondents because the duty to make timely disclosure under s. 67 of the Act applies to a "reporting issuer". This argument must be rejected for two reasons. First, as Alboini points out, *supra*, at p. 18-26, "[a]lthough responsibility for timely disclosure is vested in the reporting issuer . . . effective responsibility rests with the senior officers and the directors of the reporting issuer". Second, not only does s. 144 of the Act give the Commission a broad public interest to make orders it considers to be in the public interest, it also confers upon the Commission the authority to make orders with respect to "a person".

In summary, it was clearly within the Commission's jurisdiction to order that the trading exemptions not apply to the respondents for a period of

On ne devrait pas annuler ou modifier en appel l'opinion de la Commission, sauf si celle-ci a commis une erreur dans l'application d'un principe de droit, s'il appert clairement que son opinion n'a pas été formée d'une manière judiciaire ou s'il appert que son opinion est tellement erronée qu'elle équivaut à une injustice devant donner lieu à un redressement en appel.

Ce passage a été adopté et approuvé dans l'arrêt *Bay Street West Securities (1983) Inc. c. Alberta Securities Commission* (1984), 56 A.R. 19 (C.A.).

En l'espèce, la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière judiciaire. Après avoir rendu publiques ses conclusions, elle a tenu une audience supplémentaire pour connaître les observations des deux parties quant aux peines qu'il convenait d'imposer aux intimés. Dans sa décision finale, la Commission a conclu que la contravention par Prime et Calpine aux exigences d'information occasionnelle prévues dans la Loi étaient imputable aux intimés. Elle a de plus conclu que la conduite des intimés était liée aux placements de valeurs mobilières effectués en vertu des exemptions prévues dans la Loi. La Commission a donc interdit aux intimés de se prévaloir pendant une année des exemptions relatives aux opérations sur valeurs mobilières.

D'aucuns soutiendront que la Commission ne pouvait pas rendre les ordonnances en question contre les intimés parce que l'obligation d'information occasionnelle prévue à l'art. 67 de la Loi est imposée à un «émetteur assujéti». Cet argument doit être rejeté pour deux motifs. Premièrement, comme le fait remarquer Alboini, *op. cit.*, à la p. 18-26, [TRADUCTION] «[b]ien que l'obligation d'information occasionnelle soit imposée à l'émetteur assujéti [. . .] ce sont les cadres supérieurs et les administrateurs qui ont en fait cette responsabilité». Deuxièmement, l'art. 144 de la Loi confère à la Commission non seulement un vaste pouvoir de rendre les ordonnances qu'elle estime dans l'intérêt public mais aussi celui de rendre des ordonnances relativement à «une personne».

Bref, la Commission avait nettement la compétence voulue pour interdire aux intimés de se prévaloir pendant une année des exemptions en

one year. Furthermore, the Commission's orders were not vexatious or erroneous in law. Consequently, the order under s. 144 of the Act must stand.

The Commission's order with respect to costs was also well within its jurisdiction. Consequently, considerable deference is in order. Moreover, although the respondents argued that the length of the investigation and the hearing related mostly to the allegations of insider trading, which were not proven, this was not the case. The Commission specifically stated so:

The Respondents argued that we should make no order for payment of costs. They said that the length of the investigation and the hearing were made necessary only by the allegations related to insider trading and breach of directors' duties, which were not proven. However, most of the hearing related to evidence concerning those matters in respect of which we did find contraventions. Furthermore, the suspicions which led to the other allegations, about which the Respondents complained, were aroused, quite reasonably, by the Respondents' own conduct in failing to make required disclosure and in filing misleading documents with the [VSE]. [Emphasis added.]

Since no persuasive basis has been suggested for overturning the order relating to costs, I would not interfere with it.

VI. Conclusion and Disposition

The majority of the Court of Appeal erred in failing to appreciate the Commission's role in an area requiring special knowledge and sophistication. It also failed to recognize the Legislature's intent to confer a broad public interest mandate on the Commission to carry out its role. There was ample evidence to support each of the Commission's findings. There being no reviewable error of law, the majority of the Court of Appeal erred in interfering with the Commission's findings. Consequently, I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and substitute therefor the findings and orders of

matière d'opérations sur valeurs mobilières. En outre, les ordonnances de la Commission n'étaient ni vexatoires ni erronées en droit. L'ordonnance rendue en vertu de l'art. 144 de la Loi doit donc être confirmée.

La Commission avait toute la compétence requise pour rendre l'ordonnance quant aux dépens. C'est pourquoi il y a lieu de faire preuve d'une grande retenue. Par ailleurs, bien que les intimés aient soutenu que la durée de l'enquête et de l'audience était en grande partie imputable aux allégations concernant les opérations d'initiés, qui n'ont pas été prouvées, ce ne fut pas le cas. La Commission l'a expressément affirmé:

[TRADUCTION] Les intimés soutiennent que nous ne devrions pas rendre d'ordonnance quant au paiement des dépens. Selon eux, la durée de l'enquête et de l'audience était imputable uniquement à l'examen des allégations concernant les opérations d'initiés et le manquement aux devoirs des administrateurs, qui n'ont pas été prouvées. Cependant, la majeure partie de l'audience a été consacrée à l'examen de la preuve se rapportant aux infractions, que nous estimons avoir été commises. De plus, ce sont les intimés eux-mêmes qui, en omettant de faire les divulgations requises et en déposant auprès de la Bourse des documents trompeurs, ont suscité les doutes, tout à fait logiques, qui ont donné lieu aux autres allégations dont ils se plaignent. [Je souligne.]

Puisque l'on ne m'a fourni aucun motif convaincant d'infirmer l'ordonnance quant aux dépens, je ne la modifierai pas.

VI. Conclusion et dispositif

La Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en ne tenant pas compte du rôle de la Commission dans un domaine nécessitant des connaissances spécialisées et poussées. Elle a aussi omis de reconnaître que le législateur avait l'intention de conférer à la Commission un vaste mandat d'agir dans l'intérêt public dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. De nombreux éléments de preuve ont été déposés à l'appui de chacune des conclusions de la Commission. Puisqu'il y avait lieu de faire preuve de retenue et qu'aucune erreur de droit donnant lieu à révision n'a été commise, la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en

the Commission. The appellants shall have their costs here and in the court below.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant the Superintendent of Brokers: Walsh & Company, Vancouver.

Solicitors for the appellant the British Columbia Securities Commission: Arvay, Finlay, Victoria.

Solicitors for the respondents: Lenczner, Slaght, Royce, Smith, Griffin, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Ontario Securities Commission: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitor for the intervener the Alberta Securities Commission: The Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Securities Dealers Society of Ontario: Weir & Foulds, Toronto.

modifiant les conclusions de la Commission. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir les conclusions et les ordonnances de la Commission. Les appelants ont droit aux dépens en notre Cour et en Cour d'appel.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appellant le Superintendent of Brokers: Walsh & Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelante la British Columbia Securities Commission: Arvay, Finlay, Victoria.

Procureurs des intimés: Lenczner, Slaght, Royce, Smith, Griffin, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Alberta Securities Commission: Le ministère de la Justice de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Securities Dealers Society of Ontario: Weir & Foulds, Toronto.

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley *Appellants*

v.

Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans *Respondents*

and between

Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans *Appellants*

v.

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley *Respondents*

INDEXED AS: SCHMIDT v. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

File Nos.: 23047, 23057.

1993: December 1; 1994: June 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Pensions — Trusts — Contracts — Pension fund — Surplus — Entitlement to surplus in defined benefit pension plans — One plan incorporating a trust fund and not contemplating the reversion of surplus assets to the company — Second plan originally defined contribution plan but converted to defined benefit plan — Second plan making no reference to the existence of a trust and specifically contemplating the reversion of surplus assets to the company — Whether employer entitled to surplus — Whether employer entitled to contribution holiday in situation where pension fund in surplus — Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c) — Regulations to the Employ-

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley *Appellants*

c.

Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd. *Intimés*

et entre

Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd. *Appellants*

c.

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley *Intimés*

RÉPERTOIRÉ: SCHMIDT c. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

Nos du greffe: 23047, 23057.

1993: 1^{er} décembre; 1994: 9 juin.

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

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

Pensions — Fiducies — Contrats — Caisse de retraite — Surplus — Droit au surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées — Régime comportant une caisse en fiducie et ne prévoyant pas la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — Second régime étant au départ un régime à cotisations déterminées, mais converti en un régime à prestations déterminées — Second régime ne faisant aucune mention de l'existence d'une fiducie et prévoyant expressément la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — L'employeur a-t-il droit au surplus? — L'employeur a-t-il droit à une période d'exonération de cotisations lorsque la caisse de retraite accuse un surplus? — Employment

ment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Stearns-Roger Canada Ltd. (Stearns) and Catalytic Enterprises Ltd. (Catalytic) merged and eventually became Air Products Canada Ltd. Both companies had defined benefit pension plans for their employees, and both plans were in surplus. Their pension plans and funds were amalgamated and evolved into two virtually identical Air Products Plans, one of which forms the subject of the appeal and cross-appeal; the senior management plan will be affected by the result.

In 1959, Catalytic instituted a contributory money-purchase plan incorporating a trust fund administered by a trustee. By 1966, the plan had been amended to become a contributory defined benefits plan. No provision existed as to the treatment of surplus funds until the plan was further amended in 1978 to give the employer a purported discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan.

The first Stearns plan, created in 1970, was a contributory defined benefits plan until 1977, when it was amended to provide that employee contributions were to be of a voluntary nature only. All relevant versions of the Stearns plan gave the employer a discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan.

The amalgamated plan was a contributory defined benefits plan. The plan gave the company a discretion as to the distribution of surplus upon termination and provided for the automatic reversion to the company of any surplus remaining once benefits paid to a member had reached the maximum level specified in the plan. For several years the company transferred no assets to the fund but rather met its contributions from the actuarially determined surplus existing in the pension fund.

The Air Products pension plan was terminated following the sale of most of the company's assets. Actuarial calculations established that a substantial surplus would remain in the plan after all benefits had been paid. Both Air Products, and Gunter Schmidt, on behalf of the Air Products employees, applied to the Alberta Court of Queen's Bench for a declaration of entitlement to the surplus funds. Schmidt also sought a declaration that Air Products be required to repay the amount of

Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c) — Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Stearns-Roger Canada Ltd. (Stearns) et Catalytic Enterprises Ltd. (Catalytic) ont fusionné pour finalement devenir Air Products Canada Ltd. Les régimes à prestations déterminées dont bénéficiaient les employés des deux compagnies accusaient un surplus. Leurs régimes et caisses de retraite ont été combinés pour être ensuite divisés en deux régimes quasi identiques d'Air Products, dont l'un fait l'objet des pourvois principal et incident; leur issue aura une incidence sur le régime des cadres supérieurs.

En 1959, Catalytic a mis sur pied un régime contributif à formule d'achat qui comportait une caisse en fiducie gérée par un fiduciaire. En 1966, le régime a été converti en un régime contributif à prestations déterminées. On n'a prévu le traitement des sommes excédentaires que lorsqu'en 1978 le régime a été modifié de nouveau pour que l'employeur soit investi d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus accumulé à la cessation du régime de retraite.

Le premier régime de Stearns, créé en 1970, était un régime contributif à prestations déterminées jusqu'à ce qu'il soit modifié, en 1977, de manière à prévoir que les cotisations des employés seraient volontaires uniquement. Toutes les versions pertinentes du régime de Stearns conféraient à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus accumulé à la cessation du régime de retraite.

Le régime combiné était un régime contributif à prestations déterminées. Selon ses modalités, la compagnie était investie d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de surplus à la cessation du régime et se voyait remettre automatiquement tout surplus qui restait une fois que les prestations versées à un participant avaient atteint le montant maximal prévu au régime. Pendant plusieurs années, la compagnie n'a transféré aucun actif à la caisse, prélevant plutôt ses cotisations sur le surplus actuariel de la caisse elle-même.

On a mis fin au régime de retraite d'Air Products après que la plupart des biens de la compagnie eurent été vendus. Selon les calculs actuariels, le régime accusait un surplus important une fois qu'on aurait versé toutes les prestations. Air Products et Gunter Schmidt, pour le compte des employés d'Air Products, ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre un jugement déclaratoire sur le droit aux sommes excédentaires. Schmidt a également demandé un juge-

fund surplus it had used to take a contribution holiday. The Court of Queen's Bench found that the portion of the surplus derived from the Catalytic fund was to be paid out to the employees, and that Air Products was not entitled to take a contribution holiday utilising any part of the Catalytic surplus. The surplus traceable to the Stearns fund was found to belong to Air Products. An appeal by the company to the Alberta Court of Appeal in respect of the Catalytic surplus and the contribution holiday and a cross-appeal by the former Stearns employees in respect of the Stearns surplus were both dismissed.

At issue here is the question of entitlement to surplus monies remaining in an employee pension fund once the fund has been wound up and all benefits either paid or provision made for their payment. There is a further related issue as to whether or when employers may refrain from contributing to ongoing pension plans which are in "surplus". Both the appeal and cross-appeal are the same as before the Court of Appeal. The former Catalytic employees are the respondents on the appeal and the former Stearns employees are the appellants on the cross-appeal.

Held (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part): The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed.

Held: The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns pension plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to the entitlement of Air Products Canada Ltd. to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Absent legislation to the contrary, a court must determine competing claims to pension surplus by a careful analysis of the pension plan and the funding structures created under it. First it must determine, using ordinary principles of trust law, if the pension fund is impressed with a trust. A trust will exist whenever there has been an express or implied declaration of trust and an alienation of trust property to a trustee to be held for specified beneficiaries. If the pension fund, or any part

ment déclaratoire enjoignant à Air Products de rembourser le surplus de caisse dont elle s'était servi pour s'accorder une période d'exonération de cotisations. La Cour du Banc de la Reine a conclu que la partie du surplus qui provenait de la caisse de Catalytic devait être versée aux employés, et qu'Air Products ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations en utilisant une partie du surplus de Catalytic. On a conclu que le surplus qui pouvait être attribué à la caisse de Stearns appartenait à Air Products. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel interjeté par la compagnie relativement au surplus de Catalytic et à la période d'exonération de cotisations, de même que l'appel incident interjeté par les anciens employés de Stearns relativement au surplus de cette dernière.

En l'espèce, il s'agit de savoir qui a droit au surplus qui reste une fois qu'est liquidée une caisse de retraite d'employés et qu'on a versé toutes les prestations ou encore pourvu à leur versement. Se pose aussi l'autre question connexe de savoir si les employeurs peuvent s'abstenir de cotiser aux régimes de retraite existants qui accusent un surplus et, le cas échéant, dans quels cas. Les pourvois principal et incident formés sont identiques aux appels principal et incident interjetés devant la Cour d'appel. Les anciens employés de Catalytic sont les intimés dans le pourvoi principal, et ceux de Stearns, les appelants dans le pourvoi incident.

Arrêt (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie): Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli.

Arrêt: Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: En l'absence d'une loi contraire, les tribunaux doivent se prononcer sur des revendications opposées du droit à un surplus de caisse de retraite en effectuant une analyse minutieuse du régime de retraite et des structures de financement créées en application de ce régime. Ils doivent d'abord déterminer, conformément aux principes ordinaires du droit des fiducies, si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. Il existera une fiducie dans tous les cas où il y a eu déclaration de

of it, is not subject to a trust, then any issues relating to outstanding pension benefits or to surplus entitlement must be resolved by applying principles which pertain to the interpretation of contracts.

Different considerations apply if the fund is impressed with a trust. The trust is not a trust for a purpose, but a classic trust governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail. The trust will in most cases extend to an ongoing or actual surplus as well as to that part of the pension fund needed to provide employee benefits. An employer may explicitly limit the operation of the trust so that it does not apply to surplus and, as a settlor of the trust, may reserve a power to revoke the trust. In order to be effective, the latter power must be clearly reserved at the time the trust is created. A power to revoke the trust or any part of it cannot be implied from a general, unlimited power of amendment.

Funds remaining in a pension trust following termination and payment of all defined benefits may be subject to a resulting trust. Before a resulting trust can arise, all of the trust's objectives must have been fully satisfied. Even when this is the case, the employer cannot claim the benefit of a resulting trust when the terms of the plan demonstrate an intention to part outright with all money contributed to the pension fund. In contributory plans, it is not only the employer's, but also the employees', intentions which must be considered. Both are settlors of the trust.

An employer's right to take a contribution holiday must also be determined on a case-by-case basis. It can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Contribution holidays may also be permitted by the terms of the plan. When the plan is silent on the issue, the right to take a contribution holiday is not objectionable so long as actuaries continue to accept the application of existing surplus to current service costs as standard practice. These principles apply whether or not the pension fund is subject to a trust. Because no money is withdrawn from the fund by the employer, the taking of a contribution holiday represents neither an encroach-

fiducie expresse ou implicite et où des biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire qui les détient pour des bénéficiaires donnés. Si la totalité ou une partie de la caisse de retraite n'est pas assujettie à une fiducie, il faut alors résoudre toutes les questions relatives aux prestations de retraite dues ou au droit à un surplus en appliquant les principes d'interprétation des contrats.

Si la caisse est assujettie à une fiducie, différentes considérations entrent en jeu. Il s'agit non pas d'une fiducie à une fin, mais d'une fiducie classique régie par l'*equity* et, dans la mesure où les principes d'*equity* applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l'*equity* doit prévaloir. La fiducie s'étendra, dans la plupart des cas, au surplus existant ou réel de même qu'à la partie de la caisse de retraite qui est nécessaire pour verser les prestations aux employés. Un employeur peut expressément limiter l'application de la fiducie de façon à ce qu'elle ne s'applique pas à un surplus et, en tant que constituant de la fiducie, il peut se réserver le pouvoir de la révoquer. Pour être valide, ce dernier pouvoir doit être clairement réservé au moment où la fiducie est créée. Le pouvoir de révoquer une fiducie ou une partie de celle-ci ne saurait s'inférer d'un pouvoir de modification général et illimité.

Les sommes qui restent dans une caisse de retraite en fiducie à la cessation du régime et après le paiement de toutes les prestations déterminées peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction. Pour qu'une fiducie par déduction naisse, tous les objets de la fiducie doivent avoir été pleinement atteints. Même alors, l'employeur ne peut se prévaloir d'une fiducie par déduction lorsque les modalités du régime démontrent l'intention de se départir complètement de tout l'argent versé dans la caisse de retraite. Dans les régimes contributifs, ce ne sont pas uniquement les intentions de l'employeur qui comptent, mais également celles des employés. Ils sont, dans les deux cas, les constituants de la fiducie.

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite

ment upon the trust nor a reduction of accrued benefits. These general considerations are, of course, subject to applicable legislation.

The Catalytic plan and the trust agreement constituted a clear declaration of an intention to create a trust. The subject matter of the trust was defined and the beneficiaries were identified in the trust agreement by reference back to the plan. This classic trust established for the benefit of a defined group of persons was never terminated and so continues to exist. The parties contemplated that the trust would continue if a different trustee were named. The trust therefore was not terminated when, in 1974, the company transferred control of its pension fund to Confederation Life Insurance Company. Further, the fact that the 1978 version of the Catalytic plan removed all reference to a trust could not have the effect of terminating the trust. Nor could any of the provisions of the 1984 investment contract entered into by Stearns Catalytic and Confederation Life have that effect.

The trust fund was comprised of all contributions made by both the company and the employees, together with any earnings of those monies. The fact that the 1959 plan was a defined contribution plan under which no surplus could arise does not affect this definition of the trust fund. The company could only claim the surplus remaining on termination by virtue of a resulting trust, or by validly revoking the trust. The purposes of the trust were not fully satisfied by the payment of all defined benefits. One of the objects of the trust was to use any money contained in the fund for the benefit of the employees. The benefits to which employees were entitled under the 1959 plan were not restricted to only those contributions made by the company on their behalf. Therefore, the trust objects could never be exhausted so long as some money remained in the fund and some eligible employees could be found. A resulting trust could not arise here. Air Products was only entitled to the surplus if it could have revoked the trust upon termination of the pension plan in 1988.

Both the trust agreement and all versions of the plan make some provision for what was to occur on termination of the plan. Although the company reserved a general amending power subject to the provisos that no amendments could reduce accrued benefits or allow the trust fund to be used in any way other than for the

soit ou non assujettie à une fiducie. Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empiétement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. Ces considérations générales sont évidemment sujettes à la loi applicable.

Le régime de Catalytic et l'acte de fiducie reflètent clairement l'intention de créer une fiducie dont les biens y assujettis sont définis et les bénéficiaires désignés dans l'acte de fiducie par renvoi au régime. Cette fiducie classique, établie pour le bénéfice d'un groupe donné et à laquelle il n'a pas été mis fin, continue donc d'exister. Les parties avaient prévu que la fiducie subsisterait si un fiduciaire différent était nommé. Par conséquent, la fiducie n'a pas cessé d'exister lorsqu'en 1974 la compagnie a cédé le contrôle de sa caisse de retraite à La Confédération, Compagnie d'assurance-vie. En outre, le fait que la version de 1978 du régime de Catalytic ait supprimé tout renvoi à une fiducie ne pouvait avoir pour effet d'éteindre celle-ci. Les dispositions du contrat de placement de 1984 conclu entre Stearns Catalytic et La Confédération ne pouvaient pas non plus avoir cet effet.

Les fonds en fiducie se composait de toutes les cotisations versées par la compagnie et par les employés, de même que des gains en découlant. Le fait que le régime de 1959 ait été un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne change rien à la définition du fonds en fiducie. La compagnie ne pouvait revendiquer le surplus accumulé à la cessation qu'en vertu d'une fiducie par déduction ou en révoquant valablement la fiducie. Les objets de la fiducie n'ont pas été pleinement réalisés par le paiement de toutes les prestations déterminées. L'un d'eux consistait à utiliser toute somme contenue dans la caisse pour le bénéfice des employés. Les prestations auxquelles les employés avaient droit en vertu du régime de 1959 n'étaient pas limitées aux cotisations versées par la compagnie pour leur compte. C'est pourquoi les objets de la fiducie ne pouvaient pas être épuisés tant qu'il restait de l'argent dans la caisse et que des employés y avaient droit. Il ne pouvait y avoir de fiducie par déduction en l'espèce. Air Products n'aurait eu droit au surplus que si elle avait pu révoquer la fiducie à la cessation du régime de retraite en 1988.

L'acte de fiducie et toutes les versions du régime pouvaient à ce qui doit se produire à la cessation du régime. Bien que la compagnie se soit réservé un pouvoir général de modifier, à la condition qu'aucune modification ne puisse réduire les prestations acquises ou permettre que le fonds en fiducie soit utilisé à d'autres

employees' exclusive benefit, the company did not clearly reserve a power to revoke the trust. Such a power could not be implied under the broad general amendment power. Therefore, the 1978 amendment purporting to give the company the power to distribute surplus to itself, as well as the reversion clause of the 1983 plan, were invalid. Both represented attempts to revoke partially the 1959 trust in favour of the employees. Neither was within the scope of the control which the company reserved to itself at that time.

The relevant plan provisions which governed the taking of a contribution holiday were those contained in the 1983 Air Products plan. The wording of the plan implicitly authorized an actuary to consider the surplus when calculating the company's annual funding obligation. Since the plan allowed the company to take contribution holidays, it did not need to repay the actuarial surplus taken into account in the years when it made no contributions into the plan.

The first Stearns plan differed in two significant ways from the original Catalytic plan: it made no reference to the existence of a trust and it specifically contemplated the reversion of surplus assets to the company. A trust was never created notwithstanding the facts that the alleged subject matter of the trust, the pension fund, was defined under the two Stearns plans, that the employees were identified as those entitled to receive the fund monies and that the exclusive benefit and non-diversion clauses relied upon by the employees were consistent with the existence of a trust. Several other clauses were equally consistent with the non-existence of trust and clearly identified the plan as a contract to receive defined benefits. No intention to create a trust was apparent on the face of the documents.

A brochure distributed by the company to its employees in 1972 did not form a binding part of the pension plan documents and its influence on entitlement of plan surplus in 1988 was doubtful since it specifically stated that the plan would be subject to amendment from time to time. The statement contained in the brochure to the effect that the company intended to pay any remaining surplus to the employees could not in the circumstances of this case form the basis for an estoppel preventing the company from now claiming the surplus for itself. Documents not normally considered to have legal effect may nonetheless form part of the legal matrix within which

fins que le bénéfice exclusif des employés, la compagnie ne s'est pas clairement réservé le pouvoir de révoquer la fiducie. Un tel pouvoir ne saurait s'inférer du pouvoir général de modifier. En conséquence, la modification de 1978 qui avait pour effet de conférer à la compagnie le pouvoir de s'approprier le surplus, de même que la disposition en matière de réversion dans le régime de 1983, étaient invalides. Elles représentaient toutes les deux une tentative de révoquer partiellement la fiducie établie en 1959 en faveur des employés. Le contrôle que s'est réservé la compagnie à cette époque ne comprenait ni l'une ni l'autre.

Les dispositions pertinentes qui régissaient les périodes d'exonération de cotisations étaient contenues dans le régime de 1983 d'Air Products. Le texte du régime autorisait implicitement l'actuaire à tenir compte d'un surplus actuariel pour calculer la cotisation annuelle obligatoire de la compagnie. Puisque le régime autorisait la compagnie à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations, celle-ci n'avait pas à rembourser le surplus actuariel dont il avait été tenu compte pendant les années où elle n'a versé aucune cotisation au régime.

Le premier régime de Stearns différait sur deux points importants du régime initial de Catalytic: il ne mentionnait pas l'existence d'une fiducie et il envisageait explicitement le retour de l'actif excédentaire à la compagnie. Aucune fiducie n'a jamais été créée, nonobstant le fait que le bien en fiducie allégué, soit la caisse de retraite, était précisé dans les deux régimes de Stearns, que les employés étaient décrits comme ceux qui avaient droit à l'argent de la caisse et que les dispositions relatives au bénéfice exclusif et à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins, invoquées par les employés, étaient compatibles avec l'existence d'une fiducie. Plusieurs autres dispositions étaient également compatibles avec l'inexistence d'une fiducie et décrivaient nettement le régime comme un contrat de réception de prestations déterminées. Aucune intention de créer une fiducie n'était apparente à la lecture des documents.

Une brochure que la compagnie a distribuée à ses employés en 1972 ne formait pas une partie obligatoire des documents du régime de retraite et il est douteux qu'elle ait pu influencer sur le droit à un surplus de régime en 1988, étant donné particulièrement qu'elle précisait que le régime ferait, à l'occasion, l'objet de modifications. La déclaration qu'on trouve dans la brochure, selon laquelle la compagnie avait l'intention de verser aux employés tout surplus accumulé, ne saurait, dans les circonstances de la présente affaire, justifier une fin de non-recevoir empêchant la compagnie de réclamer aujourd'hui le surplus pour elle-même. Les documents

the rights of employers and employees participating in a pension plan must be determined. Whether they do so depends on the wording of the documents, the circumstances in which they were produced, and the effect which they had on the parties, particularly the employees.

Since no trust was ever created under the Stearns plan and since the 1972 brochure was without legal effect, the issue of entitlement to the plan surplus had to be decided on the basis of an interpretation of the plan's provisions. The 1983 amendment of the pension plan was within the limits of the power of amendment because it did not reduce any "then existing" interest of the employees as the employees had no interest in the surplus remaining upon termination until the company exercised its discretion to give them an interest. The amendment did not violate the restriction that no amendments were to have the effect of diverting any part of the fund to purposes other than for the exclusive benefit of the participants, former participants, joint annuitants, beneficiaries, or estates. Although the 1970 plan did not deal with the issue, the reversion of surplus to the company was not inconsistent with the non-diversion and exclusive benefit clauses. The prohibition on diversion of funds and the exclusive benefit clause applied from the outset only in respect of the defined benefits to which the employees were contractually entitled. They did not apply to the distribution of a plan surplus.

The company is entitled according to the plan's terms to any surplus remaining in the pension fund which can be traced to the former Stearns plans. It was also entitled to take a contribution holiday. The application of an actuarial surplus to current service funding obligations was permitted under the terms of the Air Products plan, and did not have the effect of reducing any benefits which had accrued to the employees.

The results in these appeals demonstrate the need for legislation. It is unfair that there should be a different result for these two groups of employees based only on a finding that a trust exists in one case but not the other. A legislative scheme should be set up to provide for the

qui ne sont pas considérés normalement comme ayant un effet juridique peuvent néanmoins faire partie de la structure juridique dans laquelle les droits des employeurs et des employés cotisant à un régime de retraite doivent être déterminés. La question de savoir s'ils en font partie dépend du texte des documents, des circonstances dans lesquelles ils ont été rédigés et de l'incidence qu'ils ont eu sur les parties, particulièrement sur les employés.

Étant donné qu'aucune fiducie n'a été créée dans le cadre du régime de Stearns et que la brochure de 1972 n'avait aucun effet juridique, la réponse à la question de savoir qui a droit au surplus du régime passait par l'interprétation des dispositions de ce régime. La modification apportée en 1983 au régime de retraite était conforme au pouvoir de modification du fait qu'elle ne réduisait aucun droit «alors existant» des employés, puisque ces derniers n'avaient aucun droit au surplus accumulé à la cessation du régime tant et aussi longtemps que la compagnie n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire de leur en conférer un. La modification n'a pas violé la restriction selon laquelle aucune modification ne devait avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession. Même si le régime de 1970 ne traitait pas la question, le retour du surplus à la compagnie n'était pas incompatible avec les dispositions relatives à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins et au bénéfice exclusif. L'interdiction d'utiliser les fonds à d'autres fins et la disposition relative au bénéfice exclusif se sont appliquées dès le début uniquement à l'égard des prestations déterminées auxquelles les employés avaient droit en vertu d'un contrat. Elles ne s'appliquaient pas à la répartition d'un surplus de régime.

La compagnie a le droit, en vertu des dispositions du régime, à tout surplus accumulé dans la caisse de retraite qui peut être attribué aux anciens régimes de Stearns. Elle avait également le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations. L'utilisation d'un surplus actuariel pour s'acquitter d'obligations en matière de financement des services courants était permise par les termes du régime d'Air Products, et n'avait pas pour effet de réduire les prestations acquises des employés.

Les résultats des présents pourvois démontrent la nécessité de légiférer. Il est injuste d'imposer un résultat différent à ces deux groupes d'employés pour le seul motif que l'on conclut qu'une fiducie existe dans un cas et non dans l'autre. On devrait établir un régime législa-

equitable distribution of surplus between employees and employers when pension plans are terminated.

Per Sopinka J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)): The surplus in the Catalytic plan reverts to the employer. The imposition of a trust on all the monies in that plan, did not prevent the trust's being amended. The nature of the rights of amendment depends upon the terms of the plan and of the trust agreement, if any. Nothing in the Catalytic plan precluded the company's exercising the express power of amendment in the plan so as to provide for the return of surplus funds on termination of the plan.

The company from the outset reserved the power to amend the Catalytic plan so as to permit any surplus to be distributed to itself. The trust agreement's amending clause was subject to the plan and both the 1959 and the 1966 versions of the plan reserved broader powers of amendment to the company than did the trust agreement. Both plans provided that the company's power to amend the plan was limited only by the condition that accrued benefits could not be reduced. The right to receive surplus monies in the pension fund was not a benefit which had accrued to the members of the plan when the company amended the plan to permit the surplus to be distributed to itself. Moreover, even if such a right could be said to have accrued at the time of amendment, it is not a benefit contemplated by that provision.

A power of amendment, limited in that it cannot reduce accrued benefits, is not inconsistent with the fundamental purpose of a defined benefits pension trust. It should be given effect if sufficiently explicit to permit a change amounting to a partial revocation in law.

No magic exists in the use of the specific word "revocation". Both the creation of a trust and a limitation on the nature of a trust can be determined from the clear intention of the settlor. The power of amendment can be sufficiently explicit to include a power of revocation and the absence of the word "revocation" does not mean that a settlor's changes clearly having the effect of revocation would be fatally flawed. A formulaic approach

tif qui permette une répartition équitable entre employés et employeurs de tout surplus accumulé à la cessation d'un régime de retraite.

Le juge Sopinka (dissident en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)): Le surplus accumulé dans le régime de Catalytic revient à l'employeur. L'assujettissement de tout l'argent dans ce régime à une fiducie n'empêchait pas cette dernière d'être modifiée. La nature des droits de modification dépend, le cas échéant, des modalités du régime et de l'acte de fiducie. Rien dans le régime de Catalytic n'empêchait la compagnie d'exercer le pouvoir de modification qui y était expressément prévu de manière à préciser que toute somme excédentaire lui serait remise à la cessation du régime.

Dès le départ, la compagnie s'est réservé le pouvoir de modifier le régime de Catalytic de façon à permettre que tout surplus lui soit versé. La disposition en matière de modification, contenue dans l'acte de fiducie, était assujettie au régime et les versions de 1959 et de 1966 du régime réservaient toutes deux à la compagnie des pouvoirs de modification plus larges que ceux prévus par l'acte de fiducie. Les deux régimes prévoyaient que le pouvoir de la compagnie de modifier le régime était assujetti à la seule condition que les prestations accumulées ne puissent être réduites. Le droit de recevoir les sommes excédentaires de la caisse de retraite n'était pas une prestation que les participants avaient accumulée au moment où la compagnie a modifié le régime de manière à permettre que le surplus lui soit versé. En outre, même si on pouvait dire qu'ils avaient ce droit à l'époque de la modification, ce n'est pas une prestation envisagée par la disposition en question.

Le pouvoir de modification assujetti à l'interdiction d'y avoir recours pour réduire les prestations accumulées n'est pas incompatible avec l'objectif fondamental d'une fiducie de régime à prestations déterminées. Il devrait avoir effet s'il est suffisamment explicite pour permettre un changement qui, en droit, constitue une révocation partielle.

Il n'y a rien de magique dans l'utilisation du mot précis «révocation». La création d'une fiducie et les restrictions quant à la nature de la fiducie peuvent être déterminées par l'intention manifeste du constituant. Le pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation, et l'absence du mot «révocation» n'est pas fatale aux modifications apportées par le constituant, qui ont clairement l'effet

should not be allowed to dislodge the clear intention of the parties.

Neither the company nor the employees foresaw the existence of a surplus when the plan was created and the employees had no reason to expect to receive more than their defined benefits. There was nothing inequitable in allowing the employer to take advantage of the broad amending power to distribute the surplus to itself, so long as it did nothing to reduce the level of benefits provided to the employees.

The tax motivations of the parties to pension plans, while generally of limited relevance in interpreting those plans, here supported a broad interpretation of the amending power. It was reasonable to infer that the Catalytic plan's broad amending power, in 1959 and subsequent versions, was retained in part to deal with changes in income tax legislation, given the plan's express direction that the company's contributions be tax deductible.

Per McLachlin J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)): The surplus in defined benefit plans (as distinguished from defined contribution plans) should revert to the employer. Apart from the reference in the 1978 restatement which provided that surplus should go to the employer, the documents were silent on the question of surplus. The 1978 stipulation was a valid "amendment" to the original trust documents and ought to stand. Even if the 1978 stipulation were disregarded, however, the surplus would devolve on the employer under the doctrine of resulting trust.

Where a new situation arises and falls within an existing term of the contractual document, the courts must look at the factual context in which the term was drafted and consider whether the new situation can reasonably be said to fall within this clause. If it does not, the court may nevertheless consider if a term covering the new situation can be implied, whether as a matter of fact, law or custom. The courts will not make a new contract or trust to which the parties have not agreed.

Article V in the 1959 trust agreement, which dealt with modification and termination, provided that no part of the fund be diverted to purposes other than for the

d'une révocation. On ne devrait pas permettre qu'une méthode fondée sur une formule aille à l'encontre de l'intention manifeste des parties.

Ni la compagnie ni les employés n'ont prévu l'existence d'un surplus lorsque le régime a été créé, et les employés n'avaient aucune raison de s'attendre à recevoir plus que leurs prestations déterminées. Il n'y avait rien d'injuste à autoriser l'employeur à tirer profit du pouvoir général de modification pour s'attribuer le surplus, en autant qu'il ne faisait rien pour réduire le montant des prestations garanties aux employés.

Les motivations des parties aux régimes de retraite, sur le plan fiscal, dont la pertinence est généralement limitée pour ce qui est d'interpréter ces régimes, appuient en l'espèce une interprétation large du pouvoir de modification. Il était raisonnable de déduire que le maintien du pouvoir général de modification dans le régime de 1959 de Catalytic et ses versions subséquentes visait en partie à répondre aux changements survenus dans la législation fiscale, étant donné que le régime prévoyait expressément que les cotisations versées par la compagnie seraient déductibles.

Le juge McLachlin (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)): Le surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées (par opposition aux régimes à cotisations déterminées) revient à l'employeur. À part la disposition de la nouvelle convention de 1978, qui prévoyait qu'un surplus devait revenir à l'employeur, les documents ne disaient rien au sujet de la question du surplus. La stipulation de 1978 constituait une «modification» valide des documents de fiducie initiaux et elle devrait être maintenue. Toutefois, même si on faisait abstraction de la stipulation de 1978, le surplus irait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction.

Lorsqu'une nouvelle situation est visée par une modalité existante du document, les tribunaux doivent examiner le contexte factuel dans lequel cette modalité a été rédigée et déterminer s'il est raisonnablement possible de dire que la nouvelle situation est visée par la modalité en question. Dans la négative, le tribunal peut néanmoins se demander s'il est possible de déduire l'existence d'une modalité applicable à la nouvelle situation, que ce soit sur le plan des faits, du droit ou de la coutume. Les tribunaux ne créeront pas un nouveau contrat ou une nouvelle fiducie n'ayant pas reçu l'adhésion des parties.

L'article V de l'acte de fiducie de 1959, relatif à la modification et à la cessation, prévoyait qu'aucune partie de la caisse ne pouvait être utilisée ou affectée à

exclusive benefits of those intended to benefit from it. This article was drafted in the context of a defined contribution plan under which no surplus could arise and should therefore not be read as applying to the surplus which arose under the later defined benefit plan. The 1978 provision stipulating that the surplus should go to the employer is valid and determines the issue.

Payment of the surplus to the employer does not constitute revocation of a trust. A trust cannot be revoked without express wording so permitting. The surplus was an unanticipated development never contemplated by the original trust and not addressed by any changes to the trust until 1978. The 1959 trust provisions do not apply to a surplus.

The trust did not require that the surplus in question be paid to the employees. In 1966, when the possibility of a surplus first arose because of the plan's conversion to a defined benefit plan, the trust provided no guidance as to where a surplus would go in the event of termination. The 1978 amendment made it clear that it was payable to the employer. Therefore, under the terms of the trust, the employer is entitled to the surplus.

Alternatively, if the 1978 amendment as to surplus is invalid, the doctrine of resulting trust requires that the surplus be available to the employer. The employer was responsible for ensuring a fund sufficient to meet all defined benefits owing to employees. Since the employer paid more than required for the purpose of the trust, the residual sum should return to the employer.

Even where employees contribute to a defined benefit plan, that contribution is taken to be fully satisfied by receipt of the defined benefits. The employee accepts this fixed amount in lieu of the greater or lesser amounts he or she might obtain on a defined contribution plan and in doing so exhausts his or her rights under the plan.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Hockin v. Bank of*

d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes censées en bénéficier. Cet article, rédigé dans le contexte d'un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne devrait donc pas être interprété comme s'appliquant au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées subséquent. La disposition de 1978 portant que le surplus devrait revenir à l'employeur est valide et règle la question.

Le versement des sommes excédentaires à l'employeur ne constitue pas une révocation de fiducie. En l'absence de disposition expresse, il est impossible de révoquer une fiducie. Le surplus était imprévu et n'avait jamais été envisagé dans la fiducie initiale, et ce n'est qu'en 1978 que cette question a été réglée au moyen d'une modification de la fiducie. Les dispositions de la fiducie de 1959 ne s'appliquent pas à un surplus.

La fiducie n'exigeait pas que le surplus en question soit versé aux employés. En 1966, lorsque la possibilité d'un surplus s'est manifestée pour la première fois du fait que le régime a été converti en un régime à prestations déterminées, la fiducie n'indiquait pas ce qu'il adviendrait d'un surplus en cas de cessation du régime. Il est ressorti clairement de la modification de 1978 qu'il était payable à l'employeur. Par conséquent, aux termes de la fiducie, l'employeur a droit aux sommes excédentaires.

Subsidiairement, si la modification de 1978 concernant le surplus est invalide, la règle de la fiducie par déduction exige que l'employeur puisse récupérer le surplus. Ce dernier était chargé de garantir que la caisse serait suffisante pour verser toutes les prestations déterminées qui seraient dues aux employés. Puisque l'employeur a payé plus que ce qui était nécessaire pour réaliser l'objet de la fiducie, la somme restante devrait lui être remise.

Même lorsque les employés cotisent à un régime à prestations déterminées, leurs cotisations sont considérées comme pleinement remboursées grâce à la réception des prestations déterminées. L'employé accepte ce montant fixe au lieu des sommes supérieures ou inférieures qu'il pourrait obtenir dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées et, ce faisant, il épuise les droits que lui confère le régime.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Hockin c. Bank of*

British Columbia (1990), 71 D.L.R. (4th) 11; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109; **distinguished:** *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274; **disapproved:** *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563; **referred to:** *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, aff'd (1990), 39 E.T.R. 1; *King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), aff'g (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.); *Arrowhead Metals Ltd. v. Royal Trust Co.*, Pension Commission of Ontario, March 26, 1992, unreported; *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449; *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451; *Harris v. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319.

By Sopinka J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047))

Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11.

By McLachlin J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047))

Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd., [1991] 2 All E.R. 563; *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495; *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 v. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (1983); *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (1977); *Pollock v. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (1979); *Wilson v. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (1987); *Bryant v. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (1986); *Audio Fidelity Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (1980); *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Murphy v. McSorley*, [1929] S.C.R. 542; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109.

British Columbia (1990), 71 D.L.R. (4th) 11; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109; **distinction d'avec l'arrêt:** *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274; **arrêt critiqué:** *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563; **arrêts mentionnés:** *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, conf. par (1990), 39 E.T.R. 1; *King Seagrave Ltd. c. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), conf. (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.); *Arrowhead Metals Ltd. c. Royal Trust Co.*, Commission des régimes de retraite de l'Ontario, 26 mars 1992, inédit; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449; *Martin & Robertson Administration Ltd. c. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451; *Harris c. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319.

Citée par le juge Sopinka (dissident en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047))

Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Hockin c. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047))

Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd., [1991] 2 All E.R. 563; *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495; *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 c. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (1983); *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (1977); *Pollock c. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (1979); *Wilson c. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (1987); *Bryant c. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (1986); *Audio Fidelity Corp. c. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (1980); *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Murphy c. McSorley*, [1929] R.C.S. 542; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109.

Statutes and Regulations Cited

Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.
Income Tax Regulations, ss. 8502(c), 8503(4)(c).
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, c. P-3.
Pension Benefits Act, R.S.M. 1987, c. P32, s. 26(2).
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.
Pension Benefits Standards Act, S.B.C. 1991, c. 15.
Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384, s. 20(4).
Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Authors Cited

Adell, Bernard. "Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform", in *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R7 (December 31, 1981).
 Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R8 (December 16, 1988).
 Ezra, D. Don. *The Struggle for Pension Fund Wealth*. Toronto: Pagurian Press, 1983.
 Hanscom, Deborah K. "A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin" (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258.
 Nachshen, Gary. "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law*. (Meredith Memorial Lectures, 1988.) Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Ontario. Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans. *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, 4th ed., vol. 4. Boston: Little, Brown, 1989.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1975.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 125 A.R. 224, 14 W.A.C. 224, 89 D.L.R. (4th) 762, 46 E.T.R. 21, dismissing an appeal and cross-appeal from an order of Moore C.J.Q.B. in Chambers (1990), 104 A.R. 190, 66

Lois et règlements cités

Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
Loi sur les prestations de pension, L.R.M. 1987, ch. P32, art. 26(2).
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, ch. P-3.
Pension Benefits Standards Act, S.B.C. 1991, ch. 15.
Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384, art. 20(4).
Règlement de l'impôt sur le revenu, art. 8502(c), 8503(4)c).
Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)b)(i), (ii), (iii), (iv).

Doctrine citée

Adell, Bernard. «Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform», in *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R7 (31 décembre 1981).
 Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R8 (16 décembre 1988).
 Ezra, D. Don. *The Struggle for Pension Fund Wealth*. Toronto: Pagurian Press, 1983.
 Hanscom, Deborah K. «A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin» (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258.
 Nachshen, Gary. «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», in *New Developments in Employment Law*. (Meredith Memorial Lectures, 1988.) Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Ontario. Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans. *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, 4th ed., vol. 4. Boston: Little, Brown, 1989.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1975.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 125 A.R. 224, 14 W.A.C. 224, 89 D.L.R. (4th) 762, 46 E.T.R. 21, qui a rejeté un appel principal et un appel incident interjetés contre une ordonnance du juge en chef Moore de la

D.L.R. (4th) 230, 37 E.T.R. 64. The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part. The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to the entitlement of Air Products Canada Ltd. to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

Dennis R. O'Connor, Q.C., Anne Corbett and Barry L. Glaspell, for the appellants Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley.

Neil C. Wittman, Q.C., and Kenneth J. Warren, for the respondents Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans.

Aleck H. Trawick and Leslie O'Donoghue, for the appellants on the cross-appeal Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans.

Dennis R. O'Connor, Q.C., for the respondents on the cross-appeal Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — These two cases raise the issue of entitlement to surplus monies remaining in an employee pension fund once the fund has been wound up and all benefits either paid or provision made for their payment. There is a further related issue as to whether or when employers may refrain

Cour du Banc de la Reine en chambre (1990), 104 A.R. 190, 66 D.L.R. (4th) 230, 37 E.T.R. 64. Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli. Les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie. Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Dennis R. O'Connor, c.r., Anne Corbett et Barry L. Glaspell, pour les appelants Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley.

Neil C. Wittman, c.r., et Kenneth J. Warren, pour les intimés Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.

Aleck H. Trawick et Leslie O'Donoghue, pour les appelants dans le pourvoi incident Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.

Dennis R. O'Connor, c.r., pour les intimés dans le pourvoi incident Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Ces deux pourvois soulèvent la question de savoir qui a droit au surplus qui reste une fois qu'est liquidée une caisse de retraite d'employés et qu'on a versé toutes les prestations ou encore pourvu à leur versement. Se pose aussi l'autre question connexe de savoir si les

from contributing to ongoing pension plans which are in "surplus".

Some Definitions

At the outset it may be helpful to review briefly some of the technical terms which often appear in pension surplus cases. For a detailed explanation reference may be made to: G. Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989; Deborah K. Hanscom, "A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin" (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258, and the articles contained in vol. 2 of the *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies* (1988).

Pension surpluses can only arise in "defined benefit" pension plans. In those plans, each employee belonging to the plan is guaranteed specific benefits upon retirement.

An ongoing pension fund is said to have an "existing" or "actuarial" surplus when the estimated value of the assets in the fund exceeds the estimated value of all of the liabilities (i.e., pension benefits owed employees) of the fund. When the calculated fund liabilities exceed the calculated fund assets, the plan is said to be in a state of "unfunded liability". Once the plan is wound up, assets and liabilities can be precisely determined. The fund will then be in a state of "actual" or "real" surplus or liability.

Contribution to a defined benefit plan is made each year on the basis of an actuary's estimate of the amount which must be presently invested in order to provide the stipulated benefits at the time the pension is paid out. The actuary's estimate of the present value of future benefits to members of the plan is known as the "current service cost". The obvious difficulties involved in predicting factors such as inflation rates, investment returns and the future employee levels of the company mean that the actuary's task is difficult and to a certain extent speculative. The assumptions made by actu-

employeurs peuvent s'abstenir de cotiser aux régimes de retraite existants qui accusent un surplus et, le cas échéant, dans quels cas.

a Définitions

Au départ, il peut se révéler utile de revoir brièvement certains termes techniques qui sont fréquemment utilisés en matière de surplus de caisse de retraite. Pour une explication détaillée, on peut se reporter à G. Nachshen, «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», dans *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989; Deborah K. Hanscom, «A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin» (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258, et les articles contenus dans le vol. 2 du *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies* (1988).

Seuls les régimes «à prestations déterminées» peuvent accumuler un surplus. Chaque employé y participant est assuré de toucher à sa retraite des prestations déterminées.

On dit qu'une caisse de retraite accuse un surplus «existant» ou «actuariel» lorsque la valeur estimative de son actif excède la valeur estimative de tout son passif (c.-à-d. les prestations dues aux employés). Lorsque le passif calculé excède l'actif calculé, on dit du régime qu'il a un «passif non capitalisé». Ce n'est qu'une fois le régime liquidé qu'il est possible de déterminer précisément l'actif et le passif. La caisse accusera alors un surplus ou un déficit «réel».

La cotisation à un régime à prestations déterminées est effectuée annuellement, selon une évaluation actuarielle de la somme qui doit être investie aujourd'hui pour pouvoir verser à l'employé, à sa retraite, les prestations prévues. On appelle le «coût des services courants» le résultat de l'évaluation actuarielle de la valeur actuelle des prestations futures des participants. Les difficultés évidentes à prévoir des variantes comme le taux d'inflation, le rendement des placements et les futurs niveaux d'emploi de la compagnie rendent la tâche de l'actuaire ardue et, dans une certaine

aries in respect of these and other factors will have a significant impact upon the determination of current service costs and the calculation of present levels of fund surplus or liability.

Defined benefit plans are to be distinguished from defined contribution (or "money purchase") plans, where set amounts are paid into the pension fund, and the benefits eventually paid equal the amount of the initial contributions plus any return which was obtained on the investment of those funds.

Either type of pension plan may be "contributory" (contributions by both employer and employee are mandatory) or "non-contributory" (only the employer's contributions are mandatory). In a non-contributory defined benefit plan, only the employer is obligated to contribute to the pension fund, although employees may have the option of making voluntary contributions in order to increase the benefits they will receive. In a contributory defined benefit plan, the employees must contribute a set amount, which may vary according to factors such as each employee's length of service and earnings, but is usually a defined percentage of salary. The employer's contribution to the fund is the amount over and above the employee contributions which the actuary determines is needed to cover the current service costs of the plan.

In the 1980s, a unique combination of conservative actuarial estimates and various economic factors caused many pension funds to accumulate large actuarial surpluses. Many employers sought to recapture this surplus by withdrawing excess monies from pension funds as an alternate source of capital, by applying surplus funds to any required contribution to the pension plan (i.e., taking a "contribution holiday"), or by claiming a proprietary right in any excess remaining upon the termination of the plan once all the employee benefits had been provided for. Employee groups have resisted such actions, claiming that the pension plans were established for their benefit, that the employers never intended or expected to recover any contributions made to the fund, and that any

mesure, conjecturale. Les hypothèses formulées par les actuaires au sujet de ces variantes et d'autres facteurs ont une incidence importante sur les coûts des services courants et sur le calcul du surplus ou du passif actuel de la caisse.

Il faut distinguer le régime à prestations déterminées du régime «à cotisations déterminées» (ou «à formule d'achat»), dans lequel des sommes fixes sont versées dans la caisse de retraite et où les prestations éventuellement versées équivalent au montant des cotisations initiales plus le rendement de placement de ces sommes.

Chaque type de régime peut être «contributif» (l'employeur et l'employé doivent y cotiser tous les deux) ou «non contributif» (seul l'employeur est tenu d'y cotiser). Seul l'employeur est tenu de cotiser à la caisse de retraite dans le cas d'un régime non contributif à prestations déterminées, quoiqu'il se puisse que les employés aient le choix d'y cotiser volontairement afin d'accroître leurs prestations futures. Dans le cas d'un régime contributif à prestations déterminées, les employés doivent cotiser une somme déterminée qui peut varier en fonction, notamment, de leur nombre d'années de service et de leur rémunération. Cependant, il s'agit en général d'un pourcentage déterminé de la rémunération. Pour sa part, l'employeur cotise à la caisse la somme qui, en sus des cotisations de l'employé, est, selon l'actuaire, nécessaire pour couvrir les coûts des services courants du régime.

Dans les années 1980, en raison d'une combinaison exceptionnelle d'évaluations actuarielles prudentes et de différents facteurs économiques, de nombreuses caisses de retraite ont accumulé des surplus actuariels considérables. Nombre d'employeurs ont tenté de récupérer ces sommes excédentaires en les retirant des caisses de retraite pour les utiliser comme source supplémentaire de capital, en s'en servant pour effectuer toute cotisation requise au régime de retraite (c'est-à-dire en s'accordant une «période d'exonération de cotisations») ou en revendiquant un droit de propriété sur tout surplus accumulé à la cessation du régime, une fois qu'on a pourvu au versement de toutes les prestations aux employés. Des groupes d'employés se sont opposés à de telles mesures sous prétexte

surplus accruing because of fortuitous economic circumstances should be paid to them when the plans are terminated.

Factual Background

In 1983, two companies, Stearns-Roger Canada Ltd. ("Stearns") and Catalytic Enterprises Ltd. ("Catalytic") merged to form Stearns Catalytic, which subsequently became Air Products Canada Ltd. At the time of the merger, both Stearns and Catalytic had defined benefit pension plans for their employees, and both plans were in surplus. The pension plans and funds of Stearns and of Catalytic were amalgamated and evolved into two virtually identical Air Products Plans, one for employees of the Construction Division, and one for members of senior management. It is the employees' pension plan (the "Air Products plan") which forms the subject of the appeal and cross-appeal, although the results of the appeals will also affect the senior management plan.

Catalytic first instituted a pension plan for its employees in 1959. This plan was a contributory money-purchase plan which incorporated a trust fund administered by a trustee. By 1966, the plan had been amended to become a contributory defined benefits plan. The Catalytic plan was further amended in 1978.

The first Stearns pension plan relevant to these appeals was created in 1970. It repealed and replaced an earlier defined contribution plan. The 1970 plan was a contributory defined benefits plan until 1977, when it was amended to provide that employee contributions were to be of a voluntary nature only. Pursuant to the plan, Stearns entered into a Group Annuity Policy with the Mutual Life Assurance Company. All relevant versions of the Stearns plan gave the employer a discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan. By contrast, no provision was made for the treatment of

que les régimes de retraite étaient établis à leur profit, que les employeurs n'avaient jamais voulu ni prévu récupérer les cotisations versées dans la caisse, et que tout surplus accumulé en raison de circonstances économiques imprévues devrait leur être versé à la cessation des régimes.

Historique des faits

En 1983, Stearns-Roger Canada Ltd. («Stearns») a fusionné avec Catalytic Enterprises Ltd. («Catalytic») pour former Stearns Catalytic qui est, par la suite, devenue Air Products Canada Ltd. À l'époque de la fusion, les régimes à prestations déterminées dont bénéficiaient les employés de Stearns et ceux de Catalytic accusaient un surplus. Les régimes et caisses de retraite de Stearns et de Catalytic ont été combinés pour être ensuite divisés en deux régimes quasi identiques, l'un destiné aux employés de la division de la construction d'Air Products et l'autre, à ses cadres supérieurs. C'est le régime de retraite des employés (le «régime d'Air Products») qui fait l'objet des pourvois principal et incident, quoique leur issue aura une incidence sur le régime des cadres supérieurs également.

C'est en 1959 que Catalytic a mis sur pied le premier régime de retraite à l'intention de ses employés. Il s'agissait d'un régime contributif à formule d'achat qui comportait une caisse en fiducie gérée par un fiduciaire. En 1966, le régime a été converti en un régime contributif à prestations déterminées et il a été modifié de nouveau en 1978.

Chez Stearns, le premier régime de retraite pertinent aux fins des présents pourvois a été créé en 1970. Il abrogeait et remplaçait un régime à cotisations déterminées antérieur. En 1977, on a modifié le régime de 1970, qui était un régime contributif à prestations déterminées, de manière à prévoir que les cotisations des employés seraient volontaires uniquement. Conformément au régime, Stearns a conclu un contrat de rente collective avec La Mutuelle, Compagnie d'assurance sur la vie. Toutes les versions pertinentes du régime de Stearns conféraient à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus

surplus in the Catalytic plans until the 1978 amendment to the plan purported to give the company a similar discretion.

The amalgamated Stearns Catalytic (later Air Products) plan was a contributory defined benefits plan. It was funded by means of an Investment Contract with the Confederation Life Insurance Company. The terms of the plan gave the company a discretion as to the distribution of surplus upon termination and also provided for the automatic reversion to the company of any surplus remaining once benefits paid to a member had reached a maximum level specified in the plan. For the years ending September 30, 1985, September 30, 1986, September 30, 1987 and January 31, 1988, the company transferred no assets to the Confederation Life fund. Rather, the company's contributions to the pension fund were paid from the actuarially determined surplus existing in the pension fund.

On January 31, 1988, following the sale of most of the company assets, the Air Products pension plan was terminated. Actuarial calculations established that once provision had been made for payment to the employees of Air Products Canada Ltd. of all benefits to which they were entitled under the terms of their plans, a surplus of \$9,179,130 would remain in the employee pension plan.

In February, 1988, first Air Products, and then Gunter Schmidt on behalf of the employees of Air Products, applied to the Alberta Court of Queen's Bench for a declaration of entitlement to the surplus funds. Schmidt, on behalf of himself and the employees, also sought a declaration that Air Products be required to pay \$1,465,400 into the pension fund. This sum represented the amount of fund surplus applied by Air Products to its contribution requirements from 1985 to 1988.

The Chief Justice of the Alberta Court of Queen's Bench (*Stearns Catalytic Pension Plans*

accumulé à la cessation du régime de retraite. Par contre, ce n'est qu'en 1978 qu'une modification a été apportée aux régimes de Catalytic pour que la compagnie soit investie du même pouvoir.

Le régime combiné de Stearns Catalytic (par la suite Air Products) était un régime contributif à prestations déterminées, financé au moyen d'un contrat de placement conclu avec La Confédération, Compagnie d'assurance-vie («La Confédération»). Selon les modalités du régime, la compagnie était investie d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de surplus à la cessation du régime et se voyait remettre automatiquement tout surplus qui restait une fois que les prestations versées à un participant avaient atteint le montant maximal prévu au régime. Pour les années se terminant le 30 septembre 1985, le 30 septembre 1986, le 30 septembre 1987 et le 31 janvier 1988, la compagnie n'a transféré aucun actif à la caisse de La Confédération. Les cotisations qu'elle a versées dans la caisse de retraite ont été prélevées sur le surplus actuariel de la caisse elle-même.

Le 31 janvier 1988, après que la plupart des biens de la compagnie eurent été vendus, on a mis fin au régime de retraite d'Air Products. Selon les calculs actuariels, le régime de retraite des employés d'Air Products Canada Ltd. accuserait un surplus de 9 179 130 \$ une fois qu'on aurait pourvu au versement de toutes les prestations auxquelles ils avaient droit en vertu de leurs régimes.

En février 1988, Air Products puis Gunter Schmidt, pour le compte des employés d'Air Products, ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre un jugement déclaratoire sur le droit aux sommes excédentaires. Schmidt a également demandé, en son propre nom et en celui des employés, un jugement déclaratoire enjoignant à Air Products de verser 1 465 400 \$ dans la caisse de retraite, laquelle somme représentait le surplus de caisse dont Air Products s'était servi pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisation au cours des années 1985 à 1988.

Le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (*Stearns Catalytic Pension Plans (Re)*

(*Re*) (1990), 104 A.R. 190) found that the portion of the surplus which had been derived from the Catalytic fund was to be paid out to the employees, and that Air Products was not entitled to take a contribution holiday utilising any part of the Catalytic surplus. He therefore ordered the company to return \$1,465,400 to the pension fund. In respect of the surplus which was traceable to the Stearns fund, the chambers judge held that it belonged to Air Products.

An appeal by the company to the Alberta Court of Appeal in respect of the Catalytic surplus and the contribution holiday and a cross-appeal by the former Stearns employees in respect of the Stearns surplus were both dismissed.

The appeal and the cross-appeal before this Court are the same as before the Court of Appeal. The facts and the plans at issue in the appeal and the cross-appeal are sufficiently different that they must be dealt with separately. In order to avoid confusion, I will not refer to the parties as appellants or respondents but to either "Air Products" or "the company" (appellants on the appeal and respondents on the cross-appeal); and to "the employees" or "the plan members". The former Catalytic employees are the respondents on the appeal and the former Stearns employees are the appellants on the cross-appeal.

I. Judgments Below

Alberta Court of Queen's Bench (1990), 104 A.R. 190

The chambers judge noted that two provisions in the 1983 amalgamated pension plan were of particular importance. Under Section 18.05, any surplus remaining in the amalgamated fund following termination of the plan and distribution of all defined benefits was to revert to the company. Section 1 of the plan provided that the benefits provided by the plan were in lieu of any benefits to which employees may have been entitled under any of the previous plans and also that the benefits paid under the 1983 plan "in no event shall be less than the bene-

(1990), 104 A.R. 190) a conclu que la partie du surplus qui provenait de la caisse de Catalytic devait être versée aux employés, et qu'Air Products ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations en utilisant une partie du surplus de Catalytic. Il a donc ordonné à la compagnie de remettre 1 465 400 \$ dans la caisse de retraite. Le juge en chambre a conclu que le surplus qui pouvait être attribué à la caisse de Stearns appartenait à Air Products.

La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel interjeté par la compagnie relativement au surplus de Catalytic et à la période d'exonération de cotisations. Elle a également rejeté l'appel incident interjeté par les anciens employés de Stearns relativement au surplus de cette dernière.

Les pourvois principal et incident formés devant notre Cour sont identiques aux appels principal et incident devant la Cour d'appel. Les faits et les régimes en cause dans les pourvois principal et incident diffèrent suffisamment pour être étudiés séparément. Afin d'éviter toute confusion, je ne parlerai ni de parties appelantes ni de parties intimées, mais plutôt d'«Air Products» ou de la «compagnie» (appelante dans le pourvoi principal et intimée dans le pourvoi incident), et des «employés» ou «participants». Les anciens employés de Catalytic sont les intimés dans le pourvoi principal, et ceux de Stearns, les appelants dans le pourvoi incident.

I. Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1990), 104 A.R. 190

Le juge en chambre a souligné l'importance particulière de deux dispositions du régime de retraite combiné de 1983. Aux termes de l'art. 18.05, tout surplus qui reste dans la caisse combinée après la cessation du régime et le versement de toutes les prestations déterminées devait revenir à la compagnie. L'article 1 du régime prévoyait, d'une part, que les prestations y prévues tenaient lieu de toute prestation à laquelle les employés pouvaient avoir eu droit en vertu de l'un ou l'autre régime antérieur, et, d'autre part, que les prestations versées

fits to which they were entitled under these Prior Plans" (at p. 201). It was this phrase which required the court to review the Stearns and the Catalytic plans which had existed prior to 1983.

Following a careful examination of the history and terms of all the relevant pension plans, Moore C.J. decided that Air Products was entitled to the surplus funds under the Stearns Plan and that the employees were entitled to the surplus funds under the Catalytic plan. He further held that the company was not entitled to apply any actuarial surplus from the Catalytic fund towards its contributions to the pension fund in the period 1985-88, but that the relevant plan provisions did permit the company to use the existing surplus in the Stearns fund to pay its contribution to the pension fund.

The Chief Justice first considered the Stearns plans. He noted, at pp. 206-207, that Article 14.1 of the 1970 Stearns pension plan, incorporated as Article 14.3 in the 1977 plan, provided:

Notwithstanding any surplus remaining after all benefits referred to in this Sub-section 14.1(c) have been provided, such surplus may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions at the time, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, beneficiaries or estates in such equitable manner as the Company may in its discretion determine. [Emphasis of the Chief Justice.]

In his view the concluding words of this section gave the company a discretion as to the distribution of the surplus. He rejected the employees' suggestion that the 1977 plan was amended to remove this discretion, holding instead that the alleged "1982 amendments" to the plan were never more than a draft version which was not adopted and never registered. The Chief Justice considered that Article 14.3, when read together with Article 13.4 of the 1977 Plan, which permitted funds to be returned to the company with the consent of the

dans le cadre du régime de 1983 [TRADUCTION] «ne doivent en aucun cas être inférieures aux prestations auxquelles ils avaient droit en vertu de ces régimes antérieurs» (à la p. 201). C'est en raison de cette phrase que la cour a dû examiner les régimes de Stearns et de Catalytic antérieurs à 1983.

Après avoir examiné minutieusement l'histoire et les modalités de tous les régimes de retraite pertinents, le juge en chef Moore a décidé qu'Air Products avait droit au surplus accumulé dans le régime de Stearns et que les employés avaient droit au surplus accumulé dans le régime de Catalytic. Il a en outre conclu que la compagnie n'avait pas le droit de se servir de tout surplus actuariel accumulé dans la caisse de retraite de Catalytic pour effectuer ses cotisations au régime de retraite de 1985 à 1988, mais que les dispositions pertinentes du régime permettaient effectivement à la compagnie d'utiliser le surplus existant de la caisse de retraite de Stearns pour cotiser au régime de retraite.

Le Juge en chef a d'abord étudié les régimes de Stearns. Il souligne, aux pp. 206 et 207, que l'art. 14.1 du régime de 1970 de Stearns, devenu l'art. 14.3 du régime de 1977, prévoyait:

[TRADUCTION] Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite de l'époque, le surplus qui reste après que toutes les prestations visées au présent alinéa 14.1c) sont versées peut être remis à la compagnie ou être utilisé au profit des participants, anciens participants, leurs ayants droit ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer. [Souligné par le Juge en chef.]

À son avis, la dernière partie de cet article conférerait à la compagnie un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition du surplus. Le Juge en chef a rejeté l'idée, exprimée par les employés, que le régime de 1977 a été modifié afin de retirer ce pouvoir, préférant conclure que les prétendues «modifications de 1982» n'étaient rien de plus qu'un avant-projet n'ayant jamais été adopté ni enregistré. Le Juge en chef a considéré que, conjugué à l'art. 13.4 du régime de 1977, qui permettait que des fonds soient remis à la compagnie avec

Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions, modified a more general clause which prohibited any amendment, termination, or diversion of the fund other than for the exclusive benefit of the employees.

Therefore, on a construction of the plan provisions as a whole, Moore C.J. concluded at p. 208:

From the moment the prior Stearns Plan was terminated in 1969, the company had the right to any surplus as it had from the outset reserved out to itself any surplus. The plan had ended and the company could reserve out the surplus. The company at this point did not enter into a trust agreement but purchased an annuity contract. Insofar as the Stearns Plan is concerned, we are dealing with a defined benefits plan and once all the defined benefits have been satisfied or provided for (as is the case), the balance or any surplus is to be disposed of at the discretion of the company. The plan was not established to create a fund to be divided up among the employees, but rather to provide them with specific pensions on retirement.

He concluded that the Stearns fund was never impressed with a trust, nor could one be implied to any part of the Air Products fund which evolved from the prior Stearns plans. The company's right to control the allocation of surplus was determined in 1970, and the amalgamation of the Stearns and the Catalytic plans did not create any employee entitlement to such surplus.

The Chief Justice next considered the Catalytic plans. The first began in 1959 as a defined contribution plan. Unlike the original Stearns plan, this plan was never terminated. Rather it was amended several times over the following twenty-five years. The 1959 plan included a Trust Agreement entered into between Catalytic and the Canada Trust Company for the administration of the pension fund. It contained a provision prohibiting the company from recovering any sums paid into the fund, and an amendment provision which prohibited any amendment which had the effect of reducing members' benefits. These three features were also present in the 1966 restatement of the Catalytic Plan,

le consentement du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, l'art. 14.3 avait pour effet de modifier une disposition plus générale interdisant toute modification, cessation ou utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés.

Par conséquent, compte tenu de l'ensemble des dispositions du régime, le juge en chef Moore conclut ceci, à la p. 208:

[TRADUCTION] À compter de la cessation du régime antérieur de Stearns en 1969, la compagnie avait droit à tout surplus puisqu'elle se l'était réservé depuis le début. Le régime ayant cessé, la compagnie pouvait se réserver le surplus. La compagnie n'a alors conclu aucun acte de fiducie, passant plutôt un contrat de rente. Quant au régime de Stearns, il s'agit d'un régime à prestations déterminées et une fois qu'on a versé toutes ces prestations ou encore pourvu à leur versement (comme en l'espèce), le solde ou tout surplus doit être aliéné à la discrétion de la compagnie. La création du régime ne visait donc pas à établir une caisse qui serait répartie entre les employés, mais plutôt à verser à ces derniers des prestations déterminées à leur retraite.

Il a conclu que la caisse de Stearns n'avait jamais été assujettie à une fiducie et qu'on ne pouvait pas non plus déduire l'existence d'une telle fiducie à l'égard d'une partie de la caisse d'Air Products provenant des régimes antérieurs de Stearns. Le droit de la compagnie de contrôler la répartition d'un surplus a été établi en 1970 et la combinaison des régimes de Stearns et de Catalytic n'a pas conféré aux employés le droit à ce surplus.

Le Juge en chef a ensuite étudié les régimes de Catalytic. Le premier, créé en 1959, était un régime à cotisations déterminées. Contrairement au premier régime de Stearns, on n'a jamais mis fin à ce régime. Il a plutôt été modifié à maintes reprises au cours des vingt-cinq années suivantes. Le régime de 1959 comportait un acte de fiducie conclu entre Catalytic et la Société Canada Trust pour la gestion de la caisse de retraite. Une disposition du régime interdisait à la compagnie de recouvrer toute somme versée dans la caisse, et une autre interdisait toute modification ayant pour effet de réduire les prestations des participants. Ces trois caractéristiques existaient également dans le

although by then the plan had been changed from a money purchase plan to a defined benefits plan.

Moore C.J. noted that although in 1974 the agreement between Canada Trust and Catalytic was terminated and replaced by an investment contract with Confederation Life, there was no evidence that the trust itself had terminated. He was therefore of the opinion that the trust was still in place in 1978 when Catalytic purported to amend the plan in order to give itself the right to any surplus remaining upon termination.

Moore C.J., at p. 210, felt that in 1959 Catalytic had created a trust,

[t]he sole object of . . . which . . . was to provide retirement benefits for the employees, not the company. . . . The fund became a trust fund for the benefit of the Catalytic employees.

He was particularly struck, at p. 210, by the wording of the 1959 Trust Agreement:

It states in clear terms that no amendment shall authorize or permit any part of the Fund to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons or their estates. This wording cannot be ignored and in my view it overrides any attempt to amend the trust to give the surplus to the company.

Moore C.J. therefore held that the 1978 amendment was invalid. He further relied upon *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, and *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, aff'd (1990), 39 E.T.R. 1, in support of his conclusion that, by virtue of the trust in their favour, the former employees of Catalytic were entitled to their portion of the surplus remaining in the Air Products Fund.

Moore C.J. dealt lastly with the issue of the contribution holidays taken by the company. He observed that, under the provisions of the amalgamated plan, Air Products reserved the right to pay its annual contribution to the fund out of existing surplus. He therefore held that the company could

régime de 1966 de Catalytic, bien qu'à cette époque le régime à formule d'achat soit devenu un régime à prestations déterminées.

Le juge en chef Moore a signalé que, bien que l'entente conclue en 1974 entre Canada Trust et Catalytic ait pris fin pour être remplacée par un contrat de placement conclu avec La Confédération, aucune preuve n'indiquait que la fiducie elle-même avait cessé d'exister. Il était donc d'avis que la fiducie existait toujours en 1978, lorsque Catalytic a voulu modifier le régime pour se conférer le droit à tout surplus restant à la cessation du régime.

Le juge en chef Moore estime, à la p. 210, qu'en 1959 Catalytic avait créé une fiducie qui

[TRADUCTION] [a]vait pour unique objet d'offrir des prestations de retraite aux employés, et non à la compagnie [. . .] La caisse est devenue assujettie à une fiducie en faveur des employés de Catalytic.

Il est particulièrement frappé, à la p. 210, par le texte de l'acte de fiducie de 1959:

[TRADUCTION] Il précise clairement qu'aucune modification ne doit autoriser ou permettre l'utilisation ou l'utilisation d'une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif de ces personnes ou de leur succession. Ce texte ne saurait être ignoré et, à mon avis, il l'emporte sur toute tentative de modifier la fiducie de façon à remettre le surplus à la compagnie.

Le juge en chef Moore a donc conclu que la modification de 1978 était invalide. Il a en outre invoqué les décisions *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, et *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, conf. par (1990), 39 E.T.R. 1, à l'appui de sa conclusion qu'en vertu de la fiducie créée en leur faveur, les anciens employés de Catalytic avaient droit à leur part du surplus accumulé dans la caisse d'Air Products.

Le juge en chef Moore a finalement examiné la question des périodes d'exonération de cotisations que s'est accordé la compagnie. Il a fait remarquer qu'aux termes du régime combiné Air Products se réservait le droit de se servir du surplus existant pour verser sa cotisation annuelle à la caisse. Par

validly use this surplus for its contribution obligations in the years 1985-88, but that, as a result of the existence of the trust in favour of the Catalytic employees, the contribution could not have been taken from the Catalytic share of the actuarial surplus.

Alberta Court of Appeal (1992), 125 A.R. 224 (McClung, Foisy and Major JJ.A.)

The Court of Appeal affirmed the judgment of Moore C.J., adding only two brief comments. The former Stearns employees argued again that the Stearns plan had been amended in 1982 so as to give them title to the surplus. The court noted that the chambers judge held that the draft provision the employees relied upon never became part of the plan and found no evidence to suggest that he was wrong in this conclusion.

Secondly, the Court of Appeal dealt with the employees' argument that the company was bound by the terms of an employee benefits brochure issued in 1982 to give the surplus to the employees. Under the heading "Future of the Plan" that brochure provided (p. 227):

In the event there is a surplus in the fund after all benefits have been paid, it is the Company's intention the surplus will be distributed in an equitable manner to the employees active in the Plan at the date of termination.

The chambers judge had noted the existence of this brochure, but did not comment on its legal effect in his judgment.

The Court of Appeal held that the evidence surrounding the brochure was insufficient to alter the plan provisions giving Stearns a discretion as to use of the surplus. The facts were distinguishable from the case of *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274. In *Re Collins* the company had given "repeated assurances" to the employees concerning the surplus in the course of collective bargaining, and it knew that the employees were aware of the surplus and

conséquent, a-t-il conclu, la compagnie pouvait à bon droit utiliser ce surplus pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisation au cours des années 1985 à 1988, mais, en raison de l'existence de la fiducie en faveur des employés de Catalytic, la cotisation n'aurait pu être prélevée sur la part du surplus actuariel revenant à Catalytic.

Cour d'appel de l'Alberta (1992), 125 A.R. 224 (les juges McClung, Foisy et Major)

La Cour d'appel a confirmé le jugement du juge en chef Moore, n'ajoutant que deux brefs commentaires. Les anciens employés de Stearns ont soutenu de nouveau que la modification apportée au régime de Stearns en 1982 leur donnait droit au surplus. La cour a fait remarquer que le juge en chambre avait conclu que l'avant-projet de disposition qu'invoquaient les employés n'avait jamais fait partie du régime, et elle n'a trouvé aucun élément de preuve qui portait à croire que sa conclusion était erronée.

La Cour d'appel a ensuite examiné l'argument des employés voulant que la compagnie était tenue, aux termes d'une brochure publiée en 1982 au sujet des prestations des employés, de verser le surplus à ces derniers. Sous la rubrique [TRADUCTION] «Avenir du régime», cette brochure prévoyait (p. 227):

[TRADUCTION] Si la caisse accuse un surplus une fois versées toutes les prestations, la compagnie souhaite que ce surplus soit distribué équitablement aux employés qui cotisent au régime à la date de la cessation.

Le juge en chambre avait souligné l'existence de cette brochure, sans toutefois en commenter l'effet juridique dans son jugement.

La Cour d'appel a conclu que la preuve entourant la brochure n'était pas suffisante pour modifier les dispositions du régime qui permettaient à Stearns d'utiliser le surplus à sa discrétion. Les faits étaient différents de ceux de l'affaire *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274, où, au cours des négociations collectives, la compagnie avait fait des «promesses répétées» aux employés concernant le surplus, alors qu'elle savait que les employés connaissaient

expected to receive it. In this case there was no evidence that any employees knew of or relied upon the Stearns brochure. Finally, the court held that the Stearns employees had failed to demonstrate that the brochure estopped the company from appropriating the surplus, or that the company acted unfairly in the exercise of its discretion to distribute the excess funds.

II. Issues on Appeal

A. *The Appeal (The Catalytic Plan)*

1. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was not entitled to the monies deriving from the Catalytic Plan which remained in its employee pension fund following termination of the pension plan and provision of all benefits.
2. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was not entitled to take existing actuarial surplus deriving from the Catalytic Plan into account in determining the amount of its annual funding obligation.

B. *The Cross-Appeal (The Stearns Plan)*

1. Whether the Court of Appeal erred in holding that Air Products was entitled to take the surplus remaining in its employee pension fund which was derived from the Stearns plan following termination of the plan and provision of all benefits.
2. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was entitled to use existing actuarial surplus not derived from the Catalytic plan in order to fund its required annual contribution to the Air Products plan during the years 1985-88.

III. The Legislative Framework

Two separate regimes affect Canadian employer pension plans in surplus. Each province now has in place some form of pension benefits legislation designed to protect member benefits by ensuring that employers meet their funding obligations and

l'existence du surplus et espéraient le toucher. En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les employés connaissaient l'existence de la brochure de Stearns ou qu'ils se sont fondés sur elle. Enfin, la cour a conclu que les employés de Stearns n'avaient pas démontré qu'en raison de la brochure la compagnie ne pouvait s'approprier le surplus, ni qu'elle avait agi inéquitablement dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de répartir les sommes excédentaires.

II. Les questions en litige

A. *Le pourvoi (le régime de Catalytic)*

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products n'avait pas droit aux sommes provenant du régime de Catalytic, qui restaient dans la caisse de retraite des employés après la cessation du régime de retraite et le versement de toutes les prestations?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products n'avait pas le droit de tenir compte du surplus actuariel existant qui provenait du régime de Catalytic pour déterminer le montant de sa cotisation annuelle obligatoire?

B. *Le pourvoi incident (le régime de Stearns)*

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products avait le droit, après la cessation du régime et le versement de toutes les prestations, de s'approprier le surplus provenant du régime de Stearns, qui restait dans la caisse de retraite de ses employés?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products pouvait se servir du surplus actuariel existant qui ne provenait pas du régime de Catalytic pour effectuer sa cotisation annuelle obligatoire au régime d'Air Products pendant les années 1985 à 1988?

III. Le cadre législatif

Les surplus accumulés dans les régimes de retraite des employeurs canadiens sont assujettis à deux régimes distincts. Chaque province possède maintenant une forme quelconque de législation en matière de prestations de retraite, destinée à préserver

that pension funds remain solvent. The federal income tax authorities have also attempted to regulate employer pension plans in order to limit the tax relief which employers and employees can obtain for their contributions to pension funds. Some of the provincial statutes have recently begun to deal with the issue of surplus upon plan termination or of contribution holidays. The tax regulation pertaining to surplus has to date taken the form of non-binding Information Circulars rather than legislation.

A. *The Income Tax Act*

Under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, certain tax benefits are granted to those contributing to registered pension plans. Contributions by employers and employees to a registered pension plan are tax deductible; plan earnings are exempt from taxation, and the taxation of employee benefits is deferred until they are received by the employee. The Act also contains two ceilings, one on the amount which an employer can deduct from income in respect of current service contributions to an employee pension plan, and the other on the maximum benefit which each employee can derive from the employer's deductible contributions.

In addition, on December 31, 1981, Revenue Canada issued Information Circular No. 72-13R7. This circular contains two significant requirements for the registration of pension plans. First, s. 39 of the circular requires that all plans provide that any existing actuarial plan surplus in excess of the employer's normal current service costs over a two-year period must either be refunded to the employer or used to take a contribution holiday. The circular also sets a maximum limit on the benefits which an employee can recover under a plan, and in s. 13.1 stipulates that all pension plans must contain a provision permitting actual surplus to be

ver les prestations des participants en assurant que les employeurs remplissent leurs obligations en matière de financement et que les caisses de retraite demeurent solvables. Les autorités fédérales en matière d'impôt sur le revenu ont également tenté de régir les régimes de retraite des employeurs afin de limiter les allègements fiscaux dont ces derniers et leurs employés peuvent bénéficier à l'égard des cotisations qu'ils versent dans des caisses de retraite. Certaines lois provinciales ont récemment commencé à traiter la question du surplus lors de la cessation d'un régime ou celle des périodes d'exonération de cotisations. La réglementation fiscale relative aux surplus a jusqu'à maintenant pris la forme de circulaires d'information n'ayant aucune force obligatoire, plutôt que celle de textes législatifs.

a A. *La Loi de l'impôt sur le revenu*

La *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, accorde certains avantages fiscaux à ceux qui cotisent à des régimes de retraite enregistrés. Les cotisations versées par les employeurs et les employés dans un régime de retraite enregistré sont déductibles d'impôt, les gains réalisés par le régime sont exempts d'impôt et les prestations ne sont imposées qu'au moment de leur versement aux employés. La Loi fixe également deux plafonds, l'un quant à la somme qu'un employeur peut déduire de son revenu relativement aux cotisations pour services courants versées dans un régime de retraite d'employés, et l'autre quant à la prestation maximale que chaque employé peut tirer des cotisations déductibles de l'employeur.

De plus, le 31 décembre 1981, Revenu Canada a publié la circulaire d'information n° 72-13R7 qui énonce deux exigences importantes à l'égard de l'enregistrement des régimes de retraite. D'abord, l'art. 39 de la circulaire exige que tous les régimes prévoient que tout surplus actuariel existant du régime qui excède le coût normal des services courants de l'employeur au cours d'une période de deux ans doit être remboursé à ce dernier ou utilisé aux fins d'une période d'exonération de cotisations. La circulaire fixe également une limite maximale aux prestations que l'employé peut recouvrer en vertu d'un régime, alors que l'art. 13.1 précise

refunded to employers upon termination of the plan. However, these requirements were never incorporated into the *Income Tax Act* or its Regulations during the lifetime of the Air Products plan or its predecessors.

One of the results of the Information Circular has been that many pension plans which originally were silent on the issue of surplus or which stated that employer contributions to a plan were “irrevocable” have been amended to provide that any surplus should be refunded to employers upon termination of the plan. Air Products cites the Information Circular in support of its position, presumably as evidence that Revenue Canada supports employer ownership of a surplus. The employees in turn emphasize the non-binding effect of the circular and contend that the employer’s motivation for amending the plan is not a relevant consideration in determining its legal effect.

Several years ago I agreed with Zuber J.A. of the Ontario Court of Appeal that the Information Circular is of limited legal significance: *King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), aff’d (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.). I am still of that opinion. At the time the pension plans which are the subject of these appeals were wound up, the requirements contained in the circular did not have binding legal force. The circular did not purport to clarify any provisions of the *Income Tax Act*, and the fact that some pension plans may have been amended to comply with its provisions does not alter my approach to the surplus entitlement issue.

B. Provincial Legislation

No Canadian province has yet dealt directly with the issue of ownership of or entitlement to pension surplus by legislation. The preferred approach in most jurisdictions has been to provide

que tous les régimes de retraite doivent comporter une disposition permettant le remboursement d’un surplus réel aux employeurs lors de la cessation du régime. Toutefois, ces exigences n’ont jamais été incorporées dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* ou dans son règlement d’application pendant la durée du régime d’Air Products ou des régimes qui l’ont précédé.

À la suite de la circulaire d’information, notamment, de nombreux régimes de retraite, qui ne traitaient pas, au départ, de la question du surplus ou qui déclaraient «irrévocables» les cotisations d’un employeur à un régime, ont été modifiés de manière à prévoir que tout surplus devrait revenir à l’employeur lors de la cessation du régime. Air Products cite la circulaire d’information à l’appui de sa position, vraisemblablement comme preuve que Revenu Canada soutient le droit de propriété de l’employeur sur un surplus. Les employés, pour leur part, insistent sur l’effet non obligatoire de la circulaire et prétendent que la raison qui pousse l’employeur à modifier le régime n’est pas un facteur pertinent pour déterminer son effet juridique.

Il y a plusieurs années, j’ai convenu avec le juge Zuber de la Cour d’appel de l’Ontario que la circulaire d’information avait une importance limitée sur le plan juridique: *King Seagrave Ltd. c. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), conf. (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.). Je suis toujours de cet avis. Au moment où les régimes de retraite qui font l’objet des présents pourvois ont été liquidés, les exigences contenues dans la circulaire n’avaient pas force obligatoire. La circulaire n’avait pas pour objet de clarifier des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et le fait que certains régimes de retraite puissent avoir été modifiés de manière à se conformer aux dispositions de la circulaire ne change rien à ma façon d’aborder la question du droit au surplus.

B. La législation provinciale

Aucune province canadienne n’a, à ce jour, légiféré directement sur la question de la propriété ou du droit au surplus d’un régime de retraite. Dans la plupart des cas, on a préféré prévoir qu’il ne sau-

that the withdrawal or transfer of actuarial surplus can only be accomplished when certain specified conditions have been met. See, for example, the Ontario *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8. The British Columbia *Pension Benefits Standards Act*, S.B.C. 1991, c. 15, requires that all pension plans must contain clauses providing for the arbitration of disputes concerning entitlement to surplus or contribution holidays. Manitoba has also enacted an interesting variation on the treatment of surplus funds. Section 26(2) of its *Pension Benefits Act*, R.S.M. 1987, c. P32, provides that no existing surplus may be withdrawn from a pension fund unless the Pension Commission "believes it equitable to do so".

The B.C. and Manitoba provisions represent welcome legislative steps. Regrettably, a comprehensive approach to the issues arising from pension surplus has yet to be enacted in any part of this country. The courts have on a number of occasions been required to determine the allocation of pension surplus. Yet the courts are limited in their approach by the necessity of applying the sometimes inflexible principles of contract and trust law. The question of entitlement to surplus raises issues involving both social policy and taxation policy. The broad policy issues which are raised by surplus disputes would be better resolved by legislation than by a case-by-case consideration of individual plans. Yet that is what now must be undertaken.

The pension plans under consideration are governed by the Alberta *Employment Pension Plans Act*, S.A. 1986, c. E-10.05 (proclaimed into force January 1, 1987). Section 42(2) of the Act requires that all plans provide for the allocation of surplus on termination to either the employer, the employees, or both. Section 58 prohibits employer withdrawal of surplus from an ongoing fund unless such withdrawal is specifically permitted in the plan and the permission of the Superintendent of Pensions is obtained.

rait y avoir de retrait ou de transfert d'un surplus actuariel que si certaines conditions précises sont remplies. Voir, par exemple, la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.8. Pour sa part, la *Pension Benefits Standards Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1991, ch. 15, requiert que tous les régimes de retraite prévoient l'arbitrage des litiges portant sur le droit à un surplus ou sur les périodes d'exonération de cotisations. Le Manitoba a lui aussi adopté une variante intéressante quant au traitement des sommes excédentaires. Le paragraphe 26(2) de la *Loi sur les prestations de pension*, L.R.M. 1987, ch. P32, prévoit qu'aucun surplus existant ne peut être retiré d'une caisse de retraite, sauf si la Commission des pensions «croit qu'il est juste qu'un tel versement soit effectué».

Les dispositions législatives adoptées par la Colombie-Britannique et le Manitoba sont bienvenues. Malheureusement, nulle part au pays n'a-t-on répondu exhaustivement aux questions qui se posent en matière de surplus accumulé dans les régimes de retraite. Les tribunaux ont dû, à maintes reprises, statuer sur la répartition d'un surplus de caisse de retraite. Cependant, ils sont limités dans leur démarche par la nécessité d'appliquer les principes parfois inflexibles du droit des contrats et du droit des fiducies. Le droit à un surplus soulève des questions tant de politique sociale que de politique fiscale. Les questions de principe générales soulevées dans les litiges en matière de surplus seraient plus adéquatement résolues par voie législative que par un examen individuel de chaque régime. Or, c'est ce qu'il faut maintenant entreprendre.

Les régimes de retraite examinés sont régis par l'*Employment Pension Plans Act* de l'Alberta, S.A. 1986, ch. E-10.05 (promulguée le 1^{er} janvier 1987). Le paragraphe 42(2) de cette loi exige que tous les régimes prévoient l'attribution de tout surplus lors de leur cessation soit à l'employeur, soit aux employés, soit aux deux à la fois. L'article 58 interdit à l'employeur de retirer le surplus d'une caisse existante, sauf si le régime le permet expressément et si on a obtenu l'autorisation du surintendant des régimes de retraite:

Withdrawal, together with the issue of contribution holidays, is also referred to in s. 34(9) of the Regulations to the Act (Alta. Reg. 364/86) which provides:

34 ...

(9) Where the actuarial valuation report ... reveals that the plan has surplus assets,

. . .

(b) when the unfunded liabilities have been amortized or where no unfunded liability exists, the surplus assets may be

(i) used to increase benefits,

(ii) left in the plan,

(iii) if the plan does not so prohibit, applied to reduce the employer contributions referred to in subsection (3)(a), or

(iv) where no solvency deficiency exists and subject to section 58 of the Act and section 39 of this Regulation, paid or transferred to the employer.

The *Employment Pension Plans Act* and its regulations do no more than establish that surplus entitlement must be determined by the wording of the plan. Contribution holidays are permitted provided they are not prohibited by the plan. The previous legislation governing pensions in Alberta, the *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, c. P-3, did not deal with either surplus remaining on termination or with contribution holidays. As a result, the primacy of the wording of individual pension plans has never been displaced by legislation, and it is therefore those specific provisions which must be considered.

IV. Relevant Pension Plan Provisions

The parties most helpfully compiled a summary of the history and relevant provisions of all the pension plans and related documents pertinent to these appeals. An abbreviated version of this summary, taken from the Agreed Statement of Facts, is attached as an appendix to these reasons.

Le retrait de même que la question des périodes d'exonération de cotisations sont également mentionnés au par. 34(9) du règlement d'application de la Loi (Alta. Reg. 364/86), qui prévoit:

[TRADUCTION] 34 ...

(9) Si le rapport d'évaluation actuarielle [...] révèle que le régime accuse un surplus,

. . .

b) lorsque le passif non capitalisé a été amorti ou qu'il n'existe aucun passif non capitalisé, le surplus peut être

(i) utilisé pour accroître les prestations;

(ii) laissé dans le régime;

(iii) si le régime n'interdit pas de le faire, utilisé pour réduire les cotisations de l'employeur prévues à l'alinéa 3a); ou

(iv) en l'absence d'insolvabilité et sous réserve de l'article 58 de la Loi et de l'article 39 du présent règlement, versé ou transféré à l'employeur.

L'*Employment Pension Plans Act* et son règlement d'application ne font que prévoir que le droit au surplus doit être déterminé par le texte du régime. Les périodes d'exonération de cotisations sont permises dans la mesure où elles ne sont pas interdites par le régime. La loi qui, auparavant, régissait les régimes de retraite en Alberta, soit la *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, ch. P-3, ne traitait ni du surplus accumulé à la cessation, ni des périodes d'exonération de cotisations. Ainsi, la prééminence du texte des régimes de retraite individuels n'a jamais été écartée par une loi et ce sont, par conséquent, ces dispositions précises qu'il faut étudier.

IV. Les dispositions pertinentes des régimes de retraite

Les parties ont fort utilement dressé un résumé de l'historique et des dispositions pertinentes de tous les régimes de retraite et documents connexes qui sont pertinents à l'égard des présents pourvois. Une version abrégée de ce résumé, tirée de l'exposé conjoint des faits, est annexée aux présents motifs.

V. Analysis

A. *Surplus Entitlement*

An employer who creates an employee pension plan agrees to provide pension benefits to retiring employees. At first, employers undertaking this obligation paid retired employees directly from company income. Gradually, the practice of creating separate pension funds emerged following the passage of regulations designed to protect employees from the bankruptcy or termination of the company, coupled with the realization of employers that the cost of providing pensions is reduced if money is put aside on behalf of present employees for their future benefit.

Pension funds thus began to be structured in several different ways. Investment contracts and trust funds eventually proved to be the most popular forms of pension plan funding for employers since they provided the requisite degree of "irrevocability" of contribution to entitle an employer to obtain tax relief on its pension contributions. The relatively recent phenomenon of pension plan surplus has created an inevitable tension between employers who claim that they never lose their entitlement to monies which they contribute to the fund but which are not needed to provide agreed benefits, and employees who assert that all pension fund monies belong to them. It is suggested that if employers are not able to retrieve surpluses, they will be tempted to fund existing plans less generously. I cannot agree. First, unless the terms of the plan specifically preclude it, an employer is entitled to take a contribution holiday. Second, most pension plans require the level of employer contribution to be determined by an actuary. The employer will not be able to reduce the level of contribution unilaterally below that required according to standard actuarial practice. Third, employers are required by legislation to make up any unfunded liability. Finally, the fact that some employers cannot recoup surplus on termination is unlikely to influence the conduct of employers as a whole. In order to obtain registration, plans created since 1981 must make provision for distribution of

V. Analyse

A. *Le droit au surplus*

L'employeur qui met sur pied un régime de retraite pour ses employés convient de verser des prestations à ceux qui prennent leur retraite. À l'origine, les employeurs s'engageant ainsi payaient les employés retraités directement sur le revenu de la compagnie. La pratique consistant à créer des caisses de retraite distinctes est née progressivement après qu'eurent été adoptés des règlements destinés à protéger les employés de la faillite ou de la fermeture de la compagnie et que les employeurs eurent réalisé que le coût des prestations de retraite est réduit si l'argent destiné aux employés actuels est mis de côté pour leur bénéfice futur.

Les caisses de retraite ont donc commencé à être structurées de plusieurs façons différentes. Les contrats de placement et les fiducies se sont éventuellement révélés être les formes les plus populaires de financement d'un régime de retraite pour les employeurs puisqu'ils fournissaient le degré d'«irrévocabilité» des cotisations nécessaire pour permettre à l'employeur d'obtenir un allègement fiscal pour ses cotisations au régime de retraite. Le phénomène relativement récent des surplus de caisse de retraite a engendré des tensions inévitables entre les employeurs qui prétendent qu'ils n'ont jamais perdu leur droit aux cotisations qu'ils ont versées dans la caisse, mais qui ne sont pas requises pour offrir les prestations convenues, et les employés qui soutiennent que toutes les sommes comprises dans une caisse de retraite leur appartiennent. On laisse entendre que si les employeurs ne sont pas capables de récupérer les surplus, ils seront tentés de financer moins généreusement les régimes existants. Je ne puis être d'accord avec cela. Premièrement, à moins que les modalités du régime ne l'empêchent de le faire, l'employeur a le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Deuxièmement, la plupart des régimes de retraite exigent que le montant des cotisations de l'employeur soit fixé par un actuaire. Il ne sera pas possible à l'employeur de réduire unilatéralement le montant de ses cotisations en deçà de ce qui est nécessaire suivant la

surplus on termination. It is generally only in pre-existing plans that the problem of ownership of surplus arises and, as the results of these appeals demonstrate, even then employee entitlement to the surplus is not automatic.

Entitlement to the surplus will often turn upon a determination as to whether the pension fund is impressed with a trust. Accordingly, the first question to be decided in a pension surplus case is whether or not a trust exists.

1. Trust or Contract?

Employer-funded defined benefit plans usually consist of an agreement whereby an employer promises to pay each employee upon retirement a pension which is defined by a formula contained in the plan. A pension fund is created pursuant to the plan, either by way of contract or by way of trust. Whether or not any given fund is subject to a trust is determined by the principles of trust law. If there has been some express or implied declaration of trust, and an alienation of trust property to a trustee for the benefit of the employees, then the pension fund will be a trust fund.

If no trust is created, then the administration and distribution of the pension fund and any surplus will be governed solely by the terms of the plan. However, when a trust is created, the funds which form the *corpus* are subjected to the requirements of trust law. The terms of the pension plan are relevant to distribution issues only to the extent that those terms are incorporated by reference in the instrument which creates the trust. The contract or pension plan may influence the payment of trust

pratique actuarielle normale. Troisièmement, les employeurs sont légalement tenus de compenser tout passif non capitalisé. Enfin, le fait que certains employeurs ne puissent récupérer un surplus à la cessation d'un régime est peu susceptible d'influencer la conduite de l'ensemble des employeurs. Pour être enregistrés, les régimes mis sur pied depuis 1981 doivent pourvoir à la répartition de tout surplus à leur cessation. Ce n'est généralement que dans le cas de régimes antérieurs à cette date que se pose le problème de la propriété des surplus et, comme le démontre l'issue des présents pourvois, même là, le droit des employés au surplus n'est pas automatique.

Le droit au surplus dépendra souvent de la réponse à la question de savoir si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. En conséquence, la première question à trancher dans une affaire de surplus de caisse de retraite est de savoir s'il existe une fiducie.

1. Fiducie ou contrat?

Dans les régimes à prestations déterminées financés par l'employeur, ce dernier s'engage généralement à verser à chaque employé retraité des prestations déterminées selon une formule prévue dans le régime. Une caisse de retraite est créée conformément au régime, soit par contrat, soit par fiducie. La question de savoir si une caisse de retraite est assujettie à une fiducie est résolue par les principes du droit des fiducies. S'il y a eu une déclaration expresse ou implicite de fiducie et si les biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire pour le bénéfice des employés, la caisse de retraite constituera alors un fonds en fiducie.

Si aucune fiducie n'est créée, la gestion et la répartition de la caisse de retraite et de tout surplus accumulé seront régies uniquement par les modalités du régime. Toutefois, lorsqu'une fiducie est créée, le fonds qui forme le capital est assujéti aux exigences du droit des fiducies. Les modalités du régime de retraite ne sont alors pertinentes, quant aux questions de répartition, que dans la mesure où elles sont insérées par renvoi dans l'acte qui crée la fiducie. Le contrat ou régime de retraite peut

funds but its terms cannot compel a result which is at odds with the existence of the trust.

Typically, when a pension fund is subject to a trust, several issues arise: Are such trusts for a purpose or are they "classic" trusts? What part of the pension fund is subject to the trust? To what extent can a settlor-employer alter the terms of a trust in order to appropriate the fund surplus for itself? Is the surplus subject to a resulting trust? Let us consider the nature of the trust in this case.

2. Purpose or 'True' Trust?

Air Products has suggested that the Catalytic pension fund was not subject to an express trust but instead to a trust for a purpose. Relying on *dicta* of the British Columbia Court of Appeal in *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, the company argues that a trust set up as part of a pension plan constitutes a trust whose sole purpose is to provide defined benefits to members. Once those benefits have been provided the purpose is fulfilled, the trust expires and the terms of the pension plan alone determine entitlement to any remaining fund surplus. I cannot accept this proposition.

Trusts for a purpose are a rare species. They constitute an exception to the general rule that trusts for a purpose are void. (See D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 127-28.) The pension trust is much more akin to the classic trust than to the trust for a purpose. I agree with the following comments of the Pension Commission of Ontario in *Arrowhead Metals Ltd. v. Royal Trust Co.* (March 26, 1992), unreported, at pp. 13-15, cited by Adams J. in *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449, at p. 510:

Purpose trusts are trusts for which there is no beneficiary; that is, they are trusts where no person has an equitable entitlement to the trust funds. Funds are

influer sur le paiement des fonds de la fiducie, mais ses modalités ne peuvent forcer un résultat qui soit incompatible avec l'existence de la fiducie.

Habituellement, lorsqu'une caisse de retraite est assujettie à une fiducie, plusieurs questions se posent: S'agit-il d'une fiducie à une fin ou d'une fiducie «classique»? Quelle partie de la caisse de retraite est assujettie à la fiducie? Dans quelle mesure l'employeur constituant peut-il modifier les termes d'une fiducie pour s'approprier le surplus de la caisse? Ce surplus est-il assujetti à une fiducie par déduction? Voyons la nature de la fiducie en l'espèce.

2. Fiducie à une fin ou fiducie «véritable»?

Air Products a laissé entendre que la caisse de retraite de Catalytic était assujettie non pas à une fiducie expresse, mais plutôt à une fiducie à une fin. Invoquant les remarques incidentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Hockin c. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, la compagnie soutient qu'une fiducie créée dans le cadre d'un régime de retraite a pour seule fin de verser des prestations déterminées aux participants à ce régime. Une fois que ces prestations sont versées, la fin est réalisée, la fiducie est éteinte et seules les modalités du régime de retraite déterminent qui a droit à toute somme excédentaire. Je ne puis souscrire à cette proposition.

Les fiducies à une fin sont rares. Elles sont une exception à la règle générale qui veut que les fiducies à une fin soient nulles. (Voir D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), aux pp. 127 et 128.) La fiducie de régime de retraite s'apparente beaucoup plus à la fiducie classique qu'à la fiducie à une fin. Je partage les commentaires suivants de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, dans l'arrêt *Arrowhead Metals Ltd. c. Royal Trust Co.* (26 mars 1992), inédit, aux pp. 13 à 15, cité par le juge Adams dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449, à la p. 510:

[TRADUCTION] Dans le cas des fiducies à une fin, aucun bénéficiaire n'est désigné; en d'autres termes, personne n'a un droit d'*equity* sur les fonds en fiducie.

deposited in trust in order to see that a particular purpose is filled; people may benefit, but only indirectly. . . .

People are clearly direct beneficiaries of pension trusts. Pension trusts are established not to effect some purpose, such building [*sic*] a recreation centre, but to provide money on a regular basis to retired employees. It misconceives both the nature of a purpose trust and of a pension trust to suggest that pensions are for purposes, not persons. It is important to recognize that the characterization of pension trusts as purpose trusts results in the pension text, a contract, taking precedence over the trust agreement. That is, in making common law principles of contract paramount to the equitable principles of trust law. It is trade [*sic*] law that where common law and equity conflict, equity is to prevail. In light of that rule, it seems inappropriate to do indirectly that which could not be done directly.

To repeat, the first step is to determine whether or not the pension fund is in fact a pension trust. This will most often be revealed by the wording of the pension plan itself, but may also be implied from the plan and from the way in which the pension fund is set up. A pension trust is a "classic" or "true" trust and not a mere trust for a purpose. If there is no trust created under the pension plan, the wording of the pension plan alone will govern the allocation of any surplus remaining on termination. However, if the fund is subject to a trust, different considerations may govern.

3. The Definition of the Trust Fund

Before proceeding to an examination of the actual effect of the trust, one more brief investigation must be undertaken. That is the determination of whether all of the monies contained in a given pension fund are subject to the trust, or whether the surplus remaining after termination is separate from the remainder of the fund and thus not subject to the trust. In creating a pension plan and accompanying trust, an employer may be able to

Des fonds sont déposés en fiducie pour réaliser une fin particulière; des personnes peuvent en bénéficier, mais seulement indirectement. . . .

Des personnes sont manifestement bénéficiaires directs des fiducies de régime de retraite. Ces dernières sont créées non pas pour réaliser une fin, comme la construction d'un centre récréatif, mais pour que des sommes soient versées régulièrement à des employés retraités. C'est mal concevoir la nature d'une fiducie à une fin et celle d'une fiducie de régime de retraite que de dire que les prestations de retraite sont versées pour une fin et non pour des personnes. Il importe de reconnaître que, si les fiducies de régime de retraite sont qualifiées de fiducies à une fin, il en résulte que le texte du régime, un contrat, aura préséance sur l'acte de fiducie. Autrement dit, les principes de common law du droit des contrats l'emporteront sur les principes d'*equity* du droit des fiducies. Or, il est bien établi en droit que lorsque la common law et l'*equity* s'opposent, cette dernière doit prévaloir. Compte tenu de cette règle, il semble peu approprié de faire indirectement ce qui ne pourrait être fait directement.

Je le répète, la première étape consiste à déterminer si la caisse de retraite constitue en fait un régime de retraite assujéti à une fiducie. On trouvera le plus souvent la réponse à cette question dans le texte du régime de retraite lui-même, mais il se peut également qu'elle ressorte implicitement du régime et de la façon dont la caisse de retraite est mise sur pied. La fiducie de régime de retraite est une fiducie «classique» ou «véritable», et non une simple fiducie à une fin. Si aucune fiducie n'est créée en vertu du régime de retraite, seul le texte du régime régira la répartition de toute somme excédentaire lors de la cessation. Toutefois, si la caisse est assujétiée à une fiducie, différentes considérations peuvent s'appliquer.

3. La définition du fonds en fiducie

Avant d'étudier l'effet réel de la fiducie, il faut procéder à un autre bref examen, c'est-à-dire qu'il faut se demander si tout l'argent contenu dans une caisse de retraite donnée est assujéti à la fiducie, ou si le surplus qui reste après la cessation est distinct du reste de la caisse et échappe ainsi à la fiducie. En créant un régime de retraite assorti d'une fiducie, un employeur peut être en mesure de définir l'objet de la fiducie de façon à n'inclure que le

define the subject matter of the trust so as to include only the amount necessary to cover the employee benefits owed. However, very specific wording will be necessary before an ongoing surplus will be excluded from the operation of the pension trust. ^a

The definition of the trust fund in the pension plan and in the trust agreement will usually establish that any surplus monies form part of the trust. ^b In *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada*, *supra*, for example, part of Canada Dry's pension plan, cited at p. 596 of the judgement of Zuber J.A., provided: ^c

10.1 A Trustee shall be appointed by the Board of Directors from time to time and a Trust Agreement executed between the Board of Directors and such trustee, under the terms of which a Trust Fund shall be established to receive and hold all Contributions payable by the Members and the Company, interest and other income, and to pay the benefits provided by the Plan and any of its expenses not paid directly by the Company. ^d [Emphasis added.] ^e

In the absence of any more specific definition of the content of the trust fund in either the plan or the trust agreement such a phrase establishes that all money in the care of the trustee is subject to the trust in favour of the employees. The wording of the plan in *Hockin*, *supra*, at p. 13, was even more explicit: ^f

(h) "Fund" means the trust consisting of all sums of money and other property as shall from time to time be paid or delivered to the Trustee in accordance with the provisions hereof, all investments and proceeds thereof and all earnings, profits and other accretions thereto, less all payments and deductions that are made therefrom as herein provided. ^g

I would have thought that the wording of this clause would make it clear that any existing surplus formed a part of the trust and was subject to the provisions of the trust. ⁱ

The definition of the trust fund should not be confused with the issue of the definition of the ^j

montant nécessaire pour couvrir les prestations dues aux employés. Toutefois, il faudra un texte très précis pour qu'un surplus existant échappe à l'application de la fiducie de régime de retraite.

La définition du fonds en fiducie dans le régime de retraite et dans l'acte de fiducie établira généralement que les sommes excédentaires font partie de la fiducie. Par exemple, dans l'arrêt *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada*, précité, une partie du régime de retraite de Canada Dry, cité à la p. 596 des motifs du juge Zuber, prévoyait ceci: ^b

[TRADUCTION]

10.1 Le conseil d'administration nomme un fiduciaire et il conclut avec ce dernier un acte de fiducie aux termes duquel un fonds en fiducie est établi afin que toutes les cotisations des participants et de la compagnie y soient versées, de même que les intérêts et autres revenus, et afin de verser les prestations prévues par le régime et de payer les frais y relatifs qui ne sont pas payés directement par la compagnie. [Je souligne.] ^c

À défaut d'une définition plus précise du contenu du fonds en fiducie dans le régime ou dans l'acte de fiducie, pareille phrase établit que tout l'argent confié au fiduciaire est assujéti à la fiducie en faveur des employés. Le texte du régime dans *Hockin*, précité, à la p. 13, était même plus explicite: ^f

[TRADUCTION]

h) «fonds» La fiducie qui réunit toutes les sommes versées et autres biens confiés à l'occasion au fiduciaire conformément aux présentes dispositions, de même que tous les placements et leurs produits, les gains, les profits et autres accroissements réalisés, moins tous les paiements et toutes les déductions effectués sur celle-ci conformément aux présentes. ^g

J'aurais cru que le texte de cette disposition ferait clairement ressortir que tout surplus existant faisait partie de la fiducie et était assujéti à ses dispositions. ⁱ

On ne devrait pas confondre la définition du fonds en fiducie avec la question de la détermination ^j

benefits to which the employee/beneficiaries are entitled according to the terms of the pension plan. As the examples demonstrate, the trust fund will normally include all monies contributed to the pension fund, including both any ongoing actuarial surplus and any surplus on termination.

4. Amendment of the Trust

When a pension fund is impressed with a trust, that trust is subject to all applicable trust law principles. The significance of this for the present appeals is twofold. Firstly, the employer will not be able to claim entitlement to funds subject to a trust unless the terms of the trust make the employer a beneficiary, or unless the employer reserved a power of revocation of the trust at the time the trust was originally created. Secondly, if the objects of the trust have been satisfied but assets remain in the trust, those funds may be subject to a resulting trust.

The settlor of a trust can reserve any power to itself that it wishes provided the reservation is made at the time the trust is created. A settlor may choose to maintain the right to appoint trustees, to change the beneficiaries of the trust, or to withdraw the trust property. Generally, however, the transfer of the trust property to the trustee is absolute. Any power of control of that property will be lost unless the transfer is expressly made subject to it.

Employers seeking to obtain a pension surplus have frequently made the argument that they reserved a power to revoke, or to revoke partially the pension trust fund they set up for the benefit of their employees. This approach has had mixed results. The inconsistency of the decisions on the revocation of pension trusts exists on two levels. At one level, the different decisions can be explained on the basis of the wording of the particular amending clause and the limitations put upon it in each case. However, the decisions also reveal a more fundamental difference of opinion as to whether the revocation of trusts is possible when a

tion des prestations auxquelles les employés-bénéficiaires ont droit aux termes du régime de retraite. Comme les exemples le démontrent, le fonds en fiducie inclut normalement toutes les cotisations versées dans la caisse de retraite, y compris tout surplus actuariel existant et tout surplus accumulé à la cessation.

4. Modification de la fiducie

La caisse de retraite assujettie à une fiducie est soumise à tous les principes applicables du droit des fiducies. Cela revêt une double importance en l'espèce. Premièrement, l'employeur ne pourra revendiquer le droit aux fonds assujettis à une fiducie que s'il est bénéficiaire aux termes de la fiducie ou s'il s'est réservé le pouvoir de révoquer la fiducie au moment où elle a été créée. Deuxièmement, si les objets de la fiducie sont atteints mais qu'il reste des éléments d'actif dans la fiducie, ces fonds peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction.

Le constituant d'une fiducie peut se réserver les pouvoirs qu'il désire à condition de le faire au moment où la fiducie est créée. Il peut ainsi se réserver le droit de nommer des fiduciaires, de changer les bénéficiaires de la fiducie ou de retirer les biens en fiducie. En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujéti à ce pouvoir.

Les employeurs qui cherchent à s'approprier un surplus de caisse de retraite ont souvent fait valoir qu'ils s'étaient réservé le pouvoir de révoquer à tout le moins partiellement la fiducie de régime de retraite qu'ils ont créée au bénéfice de leurs employés. Cette approche a entraîné des résultats divers. L'incohérence des décisions portant sur la révocation des fiducies de régime de retraite se manifeste à deux niveaux. D'une part, les différentes décisions peuvent s'expliquer par le texte de la disposition modificatrice en cause et les restrictions qui lui sont imposées dans chaque cas. D'autre part, les décisions révèlent également une divergence d'opinions plus fondamentale quant à savoir si une fiducie peut être révoquée lorsque le

settlor has reserved a broad power of amendment. This difference must be resolved in this case.

The differing approaches to revocation of the trust are perhaps most starkly illustrated by the cases of *Reevie*, *supra*, and *Hockin*, *supra*. In both of these cases, a trust fund was established pursuant to a pension plan which contained a broad power of amendment. Each amending power was subject only to the proviso that no amendment could reduce members' entitlement to accrued benefits.

The court in *Reevie* relied upon a passage from Waters to the effect that it is a cardinal rule of trust law that a settlor can only revoke his or her trust when the settlor has expressly reserved the power to do so and found that the broad amendment power reserved by Canada Dry did not amount to an express reservation. The Court in *Hockin*, on the other hand, preferred the approach of McLennan J. in *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.).

In *Re Campbell-Renton & Cayley*, the settlors of a private trust sought to revoke the trust in order to set up a more tax-beneficial trust in England. After considering the unlimited power of amendment contained in the trust agreement, McLennan J. stated at pp. 552-53:

I am advised that there is no decision either in England or in this country as to whether or not a power to alter and amend includes the power to revoke or perhaps it would be better to say includes a power to amend in such a way as to permit the revocation of the trust instrument but there is American law on the subject and statements in 3 *Scott's Law of Trust*, 2nd ed., pp. 2393, 2402-3, 2413, 2395 and 2416 and at the latter citation it is stated that an unrestricted power to amend is equivalent to a power to revoke.

McLennan J. elected to follow the American jurisprudence on this point, as did the court in *Hockin* at p. 19 which relied upon the following more recent excerpt from Scott (*The Law of Trusts* (4th ed. 1989), vol. 4, at pp. 346-48):

constituant s'est réservé un large pouvoir de modification. Nous devons résoudre cette divergence en l'espèce.

Les différentes façons d'aborder la révocation de la fiducie sont peut-être illustrées d'une manière plus frappante par les arrêts *Reevie* et *Hockin*, précités. Dans ces deux affaires, une fiducie avait été établie conformément à un régime de retraite qui conférait un large pouvoir de modification, assujéti à la seule condition qu'aucune modification ne puisse réduire le droit des participants aux prestations accumulées.

Dans l'affaire *Reevie*, la cour a invoqué un passage de Waters voulant que, selon une règle cardinale du droit des fiducies, le constituant ne puisse révoquer sa fiducie que s'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire, et elle a conclu que le large pouvoir de modification que s'était réservé Canada Dry ne constituait pas une réserve explicite. Dans l'affaire *Hockin*, la cour a, par ailleurs, préféré le point de vue adopté par le juge McLennan dans l'arrêt *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.).

Dans cet arrêt, les constituants d'une fiducie privée ont cherché à la révoquer pour mettre sur pied, en Angleterre, une autre fiducie plus profitable sur le plan fiscal. Après avoir examiné le pouvoir illimité de modification prévu dans l'acte de fiducie, le juge McLennan affirme, aux pp. 552 et 553:

[TRADUCTION] On m'informe qu'aucune décision n'a été rendue en Angleterre ou ici sur la question de savoir si le pouvoir de modification inclut le pouvoir de révocation, ou peut-être serait-il préférable de dire, s'il inclut le pouvoir de modifier d'une façon qui permette de révoquer l'acte de fiducie. Toutefois, le droit américain en traite et on trouve des exposés sur ce point dans 3 *Scott's Law of Trust*, 2^e éd., pp. 2393, 2402, 2403, 2413, 2395 et 2416, où on déclare que le pouvoir illimité de modifier équivaut à un pouvoir de révoquer.

Le juge McLennan a choisi de suivre la jurisprudence américaine sur ce point, comme l'a fait la cour dans l'affaire *Hockin*, à la p. 19, en invoquant un passage plus récent de Scott (*The Law of Trusts* (4^e éd. 1989), vol. 4, aux pp. 346 à 348):

330.1. Where the creation of a trust is evidenced by a written instrument that purports to include the terms of the trust, and there is no provision in the instrument expressly or impliedly reserving to the settlor power to revoke the trust, the trust is irrevocable. The intention to reserve a power of revocation need not be manifested by an express provision to that effect; it can be indicated by the use of language from which it may be inferred.

Based upon this authority, the B.C. Court of Appeal concluded at p. 19 that “[a] power to amend includes the power to revoke unless revocation is precluded by specific wording of the power to amend”. With respect, I cannot agree with this position.

In my view the nature and purpose of the trust as it has evolved in Canada is consistent with a more restrictive interpretation as to when the trust instrument will permit a unilateral revocation of the trust. One of the most fundamental characteristics of a trust is that it involves a transfer of property. In the words of D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, *supra*, at p. 291:

... the trust is a mode of disposition, and once the instrument of creation of the trust has taken effect or a verbal declaration has been made of immediate disposition on trust, the settlor has alienated the property as much as if he had given it to the beneficiaries by an out-and-out gift. This almost self-evident proposition has to be reiterated because it is sometimes said that the trust is a mode of “restricted transfer.” So indeed it is, but the restriction does not mean that by employing the trust the settlor inherently retains a right or power to intervene once the trust has taken effect, whether to set the trust aside, change the beneficiaries, name other beneficiaries, take back part of the trust property, or do anything else to amend or change the trust. By restriction is meant that he has transferred the property but subject to restrictions upon who is to enjoy and to what degree. The mode of future enjoyment is regulated in the act of transferring, but the transfer remains a true transfer.

The judgment of the B.C. Court of Appeal in *Hockin*, if followed to its logical conclusion, would mean that the presence of an unlimited

[TRADUCTION] 330.1. Lorsque la création d’une fiducie ressort d’un acte écrit qui est censé inclure les modalités de la fiducie, et qu’il n’existe, dans l’acte, aucune disposition qui réserve explicitement ou implicitement au constituant le pouvoir de révoquer la fiducie, celle-ci est irrévocable. Il n’est pas nécessaire que l’intention de réserver le pouvoir de révocation ressorte d’une disposition expresse en ce sens; elle peut s’inférer du texte utilisé.

À la lumière de cette doctrine, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique conclut, à la p. 19, que [TRADUCTION] «[l]e pouvoir de modifier comprend le pouvoir de révoquer, à moins que la révocation ne soit interdite par le texte même du pouvoir de modifier». En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion.

À mon avis, la nature et l’objet de la fiducie telle qu’elle a évolué au Canada appelle une interprétation plus restrictive quant à savoir dans quels cas l’acte de fiducie permettra une révocation unilatérale. L’une des caractéristiques les plus fondamentales de la fiducie est qu’elle entraîne un transfert de bien. Selon D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, *op. cit.*, à la p. 291:

[TRADUCTION] ... la fiducie est un mode d’aliénation. Une fois que l’acte qui crée la fiducie a pris effet ou qu’une déclaration verbale a été faite quant à l’aliénation immédiate à la fiducie, le constituant aliène le bien tout autant que s’il l’avait remis aux bénéficiaires au moyen d’un don véritable. Cette proposition qui va presque de soi doit être réitérée puisque l’on dit parfois que la fiducie est un mode de «transfert restreint». Elle l’est effectivement, mais cette restriction ne signifie pas qu’en ayant recours à une fiducie, le constituant retient de façon inhérente le droit ou le pouvoir d’intervenir une fois que la fiducie a pris effet pour y mettre fin, pour en changer les bénéficiaires ou en nommer d’autres, pour reprendre une partie des biens en fiducie ou pour faire quoi que ce soit d’autre en vue de modifier la fiducie. Par restriction, on entend que le constituant a transféré le bien, mais sous réserve de certaines restrictions quant à savoir qui en bénéficiera et dans quelle mesure. Le mode de jouissance future est régi dans l’acte de transfert, mais le transfert demeure un véritable transfert.

L’arrêt *Hockin* de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, si on en poussait le raisonnement jusqu’à sa conclusion logique, signifierait que

power of amendment in a trust agreement entitles a settlor to maintain complete control over the administration of the trust and the trust property. That result is inconsistent with the fundamental concept of a trust, and cannot, in my opinion, be sustained without extremely clear and explicit language. A general amending power should not endow a settlor with the ability to revoke the trust. This is especially so when it is remembered that consideration was given by the employee beneficiaries in exchange for the creation of the trust. In the case of pension plans, employees not only contribute to the fund, in addition they almost invariably agree to accept lower wages and fewer employment benefits in exchange for the employer's agreeing to set up the pension trust in their favour. The wording of the pension plan and trust instrument are usually drawn up by the employer. The employees as a rule must rely upon the good faith of the employer to ensure that the terms of the specific trust arrangement will be fair. It would, I think, be inequitable to accept the proposition that a broad amending power inserted unilaterally by the employer carries with it the right to revoke the trust. The employer who wishes to undertake a restricted transfer of assets must make those restrictions explicit. Moreover, amendment means change not cancellation which the word revocation connotes.

Furthermore, prior to the 1981 circular, the amendment power in most trust arrangements was specifically made broad and ambiguous at the behest of the employer, who was entitled to tax relief on funds designated for employee pensions only if those funds were committed irrevocably to a trust or some other funding arrangement. The tax motivations of the respective parties to pension plans are not particularly relevant to a judicial interpretation of the trust. However a court should not be eager to sanction a result which would allow an employer to represent to the Minister of National Revenue that it has irrevocably committed funds to an employee pension plan, only to

l'existence d'un pouvoir illimité de modification dans un acte de fiducie autorise le constituant à exercer un contrôle total sur la gestion de la fiducie et sur les biens en fiducie. Ce résultat va à l'encontre de la notion fondamentale d'une fiducie et ne peut, à mon avis, être soutenu en l'absence d'un texte extrêmement clair et explicite. Le pouvoir général de modification ne devrait pas investir le constituant du pouvoir de révoquer une fiducie, et ce, d'autant plus si on considère que les employés bénéficiaires ont versé une contrepartie en échange de la création de la fiducie. Dans le cas des régimes de retraite, non seulement les employés cotisent-ils à la caisse, mais encore ils conviennent presque toujours d'accepter un salaire inférieur et des avantages sociaux réduits en échange de l'établissement par l'employeur d'une fiducie de régime de retraite en leur faveur. Le texte du régime de retraite et l'acte de fiducie sont habituellement rédigés par l'employeur. Les employés doivent, en principe, s'en remettre à la bonne foi de l'employeur pour ce qui est d'assurer que les modalités de l'acte de fiducie en question seront équitables. Il serait, à mon avis, injuste d'accepter la proposition voulant qu'un pouvoir général de modification incorporé unilatéralement par l'employeur comporte le pouvoir de révoquer la fiducie. L'employeur qui souhaite effectuer un transfert restreint de biens doit expliciter ces restrictions. De plus, modifier signifie changer et non annuler comme le connote le terme «révoquer».

En outre, avant la circulaire de 1981, le pouvoir de modification prévu dans la plupart des actes de fiducie était expressément formulé de façon générale et ambiguë à la demande de l'employeur, qui n'avait droit à un allègement fiscal à l'égard de l'argent destiné au régime de retraite des employés que si cet argent était affecté irrévocablement à une fiducie ou à quelque autre convention de financement. Les motivations, sur le plan fiscal, de chaque partie au régime de retraite ne sont pas particulièrement pertinentes relativement à l'interprétation judiciaire de la fiducie. Toutefois, les tribunaux ne devraient pas s'empresse de sanctionner un résultat qui permettrait à un employeur de sou-

later purport to revoke the pension trust in order to recoup surplus funds.

As a result I find that, at least in the context of pension trusts, the reservation by the settlor of an unlimited power of amendment does not include a power to revoke the trust. A revocation power must be explicitly reserved in order to be valid.

5. The Resulting Trust

A resulting trust may arise if the objects of the trust have been fully satisfied and money still remains in the trust fund. In such situations, the remaining trust funds will ordinarily revert by operation of law to the settlor of the fund. However, a resulting trust will not arise if, at the time of settlement, the settlor demonstrates an intention to part with his or her money outright. This is to say the settlor indicates that he or she will not retain any interest in any remaining funds.

Several Canadian cases have dealt with the resulting trust in relation to pension surplus cases. In *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), the pension plan had been terminated. The plan provided that upon termination, assets were to be applied to four listed categories of beneficiaries. All the beneficiaries were paid in accordance with this provision, and a surplus remained in the fund. The trustee of the fund, Canada Trust, sought directions from the court as to how to deal with the surplus.

Gould J. held, at p. 111, that the "purposes of this trust simply did not exhaust the fund and the outcome here, *i.e.*, a surplus balance of \$31,163.38, was not foreseen by the respondent. . . . The situation appears to be one where a resulting trust arises by operation of the law." This conclusion could well be questioned in light of another provision in the plan (at p. 110) which provided

tenir devant le ministre du Revenu national qu'il a irrévocablement affecté de l'argent à un régime de retraite d'employés, pour ensuite tenter de révoquer la fiducie de régime de retraite afin de récupérer les sommes excédentaires.

Par conséquent, j'estime que le pouvoir illimité de modifier une fiducie que se réserve le constituant n'inclut pas le pouvoir de la révoquer, tout au moins dans le contexte des fiducies de régime de retraite. Pour être valide, le pouvoir de révocation doit être explicitement réservé.

5. La fiducie par déduction

Une fiducie par déduction peut prendre naissance si les objets de la fiducie ont été atteints pleinement et qu'il reste des sommes dans le fonds en fiducie. En pareils cas, les fonds en fiducie qui restent reviendront habituellement, en vertu de la loi, au constituant du fonds. Toutefois, aucune fiducie par déduction ne naîtra si, à l'époque de la constitution, le constituant manifeste l'intention de se départir complètement de son argent. En d'autres termes, le constituant indique qu'il ne conservera aucun droit sur les sommes restantes.

Les tribunaux canadiens ont examiné à maintes reprises la fiducie par déduction dans des affaires de surplus de caisse de retraite. Dans l'affaire *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (C.S.C.-B.), on avait mis fin au régime de retraite. Celui-ci prévoyait qu'à la cessation l'actif serait réparti entre quatre catégories déterminées de bénéficiaires. Après que tous les bénéficiaires eurent été payés conformément à cette disposition, un surplus est resté dans la caisse. Le fiduciaire de celle-ci, Canada Trust, a demandé au tribunal des directives sur la façon de traiter le surplus.

Le juge Gould a conclu (à la p. 111) que la [TRA-DUCTION] «réalisation des objets de cette fiducie n'a simplement pas permis d'épuiser le fonds et l'intimée [. . .] n'avait pas prévu le résultat auquel on est arrivé en l'espèce, *c.-à-d.* le solde excédentaire de 31 163,38 \$. Il paraît s'agir d'une situation où une fiducie par déduction prend naissance en vertu de la loi.» Cette conclusion pourrait bien être

that "no alteration, amendment or termination of the Plan or any part thereof shall permit any part of the trust fund to revert to or to be recoverable by the Company or to be used for or diverted to purposes other than the exclusive benefits of members . . .". Perhaps the decision can be explained on the basis that the employees were not parties before the court and did not contribute to the plan which was funded solely by the employer.

In most cases, the existence of a non-reversion clause will be evidence of a permanent intention to part with the trust property and it will preclude the operation of the resulting trust. The trust agreement in *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.*, *supra*, contained the following clause, at p. 538:

No part of the capital or income of the fund shall ever revert to the Company or be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of the employees and former employees under the plan except as therein and herein provided.

I agree with Montgomery J.'s conclusion, at p. 540, that these provisions "effectively dispose of the respondents' arguments that the surplus is subject to the doctrine of resulting trust". The employer had absolutely and irrevocably waived its interest in any surplus that might arise upon the termination of the pension fund despite the contributions it had made to that fund.

The exigencies of tax law are such that preferential tax treatment will only be afforded to registered pension plans. Registration, originally contingent upon clear evidence that the employer's contribution would be irrevocable, now requires a plan to provide that, following termination of the plan, any remaining surplus in excess of the statutory maximum level of employee benefits must revert to the employer. Therefore, the provisions of most registered pension plans will normally themselves exclude the possibility of a resulting trust's

contestée du fait qu'une autre disposition du régime (à la p. 110) prévoyait qu'[TRADUCTION] «aucune modification ou cessation du régime ou d'une partie de celui-ci ne doit permettre qu'une partie du fonds en fiducie soit retournée à la compagnie ou récupérable par cette dernière, ou qu'elle soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants . . .». Cette décision peut peut-être s'expliquer par le fait que les employés n'étaient pas des parties devant le tribunal et ne cotisaient pas au régime qui était financé uniquement par l'employeur.

Dans la plupart des cas, l'existence d'une disposition interdisant la réversion sera la preuve de l'intention de se départir de façon permanente des biens en fiducie et elle empêchera l'application de la fiducie par déduction. L'acte de fiducie en cause dans l'arrêt *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.*, précité, contenait la disposition suivante, à la p. 538:

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la caisse ne doit être retournée à la compagnie, ni être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés et anciens employés participant au régime, si ce n'est en conformité avec les dispositions du régime ou du présent acte de fiducie.

Je souscris à la conclusion du juge Montgomery, à la p. 540, que ces dispositions [TRADUCTION] «réfutent efficacement les arguments des intimés voulant que le surplus soit assujéti au principe de la fiducie par déduction». L'employeur avait absolument et irrévocablement renoncé à son droit à tout surplus qui pourrait être accumulé à la cessation de la caisse de retraite, en dépit des cotisations qu'il y avait versées.

Les exigences du droit fiscal sont telles qu'un traitement fiscal préférentiel ne sera accordé qu'aux régimes de retraite enregistrés. Initialement subordonné à la preuve manifeste que la cotisation de l'employeur serait irrévocable, l'enregistrement requiert aujourd'hui que le régime prévoie qu'à la cessation du régime on remette à l'employeur toute somme restante qui excède le montant maximal des prestations des employés, prévu par la loi. Par conséquent, les dispositions de la plupart des régimes de retraite enregistrés écartent normale-

arising. That is not to say that the resulting trust will never have a place in the context of pension funds. Yet the practical reality is that the factual circumstances which could trigger the operation of a resulting trust will rarely occur in pension surplus cases.

The relevant documents in this case are such that it is not necessary to examine all of the difficult issues which can arise in relation to resulting trusts. Nonetheless, when a resulting trust arises in respect of a contributory plan, I would be inclined to prefer the view of Nitikman J. in *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249, to that of Scott J. in *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch.D.). Nitikman J. held that where employers and employees are (by virtue of their contributions) settlors of the trust, surplus funds remaining on termination can revert on a resulting trust to both employers and employees in proportion to their respective contributions. Scott J., on the other hand, held that employees cannot benefit from a resulting trust since, by the mere act of contributing to the fund, they manifest an intention to part irrevocably with their money.

I do not think that any general rule can be laid down as to the intentions of employees contributing to a pension trust. Where the circumstances of a particular case do not indicate any particular intention to part outright with money contributed to a pension fund, equity and fairness would seem to require that all parties who contributed to the fund should be entitled to recoup a proportionate share of any surplus subject to a resulting trust. However, this issue should be left to be resolved when it arises.

In most pension trust cases the resulting trust will never arise. This may be because the objects

ment elles-mêmes la possibilité qu'une fiducie par déduction prenne naissance. Cela ne revient pas à dire que la fiducie par déduction n'aura jamais sa place dans le contexte des caisses de retraite. Mais en pratique, les faits qui pourraient déclencher l'application d'une fiducie par déduction surviendront rarement dans les cas de surplus de caisse de retraite.

Les documents pertinents en l'espèce sont tels qu'il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les questions épineuses qui peuvent se poser relativement aux fiducies par déduction. Néanmoins, lorsque la question de la fiducie par déduction se pose relativement à un régime contributif, je serais porté à préférer le point de vue du juge Nitikman dans l'arrêt *Martin & Robertson Administration Ltd. c. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249, à celui du juge Scott dans l'affaire *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch.D.). Le juge Nitikman a statué que, lorsque l'employeur et les employés sont (en vertu de leurs cotisations) les constituants de la fiducie, les sommes excédentaires accumulées à la cessation du régime peuvent, en vertu d'une fiducie par déduction, revenir à l'employeur et aux employés proportionnellement à leurs cotisations respectives. Par contre, le juge Scott a décidé que les employés ne sauraient bénéficier d'une fiducie par déduction parce que, du simple fait qu'ils cotisent à la caisse, ils manifestent l'intention de se départir irrévocablement de leur argent.

Je ne crois pas qu'il soit possible d'énoncer une règle générale quant aux intentions des employés qui cotisent à une fiducie de retraite. Lorsque les circonstances d'une affaire ne révèlent l'existence d'aucune intention particulière de se départir complètement de l'argent versé dans une caisse de retraite, toutes les parties qui ont cotisé à la caisse devraient, pour des motifs d'équité et de justice, avoir droit à une part proportionnelle de tout surplus sous réserve d'une fiducie par déduction. Toutefois, cette question devrait être tranchée lorsqu'elle se posera.

Dans la plupart des affaires mettant en cause une fiducie de régime de retraite, la question de la fidu-

of the trust can never be said to be fully satisfied so long as funds which could benefit the employees remain in the pension trust, or because the settlor has manifested a clear intention to part outright with its contributions. The operation of the resulting trust may also be precluded by the presence of specific provisions dealing with the disposition of surplus on plan termination.

B. Contribution Holiday

Two issues arise in respect of the contribution holiday. The first is whether or not, in the calculation of an employer's required annual contribution to a pension plan, consideration of actuarial surplus in an ongoing pension fund is permitted by law. The second is whether a consideration of that surplus is permitted or prohibited under the terms of a specific plan.

Both parties to the appeals accept that, subject to the plan provisions, the application of an existing surplus to contribution obligations was at all relevant times permitted by Alberta law. This proposition seems incontrovertible in light of the provisions of the *Employment Pension Plans Act* and *Pension Benefits Act* referred to earlier. It also accords with the provisions of Information Circular No. 72-13R7, *supra*. Therefore the provisions of the plan must determine the issue.

Before turning to the Air Products plan, it may be helpful to review the cases which have dealt with contribution holidays. The Ontario Court of Appeal held in *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620, that Ontario Hydro could not take a contribution holiday when its employee pension plan was in surplus. The pension plan for Hydro employees was unusual in that it was established pursuant to a statute which enacted the employer's obligation to contribute. Section 20(4) of the *Power Corpora-*

cie par déduction ne se posera jamais. Cela peut être dû au fait qu'on ne peut jamais dire que les objets de la fiducie sont pleinement atteints tant que les fonds dont pourraient bénéficier les employés demeurent dans la caisse de retraite en fiducie, ou au fait que le constituant a exprimé clairement l'intention de se départir complètement de ses cotisations. L'application de la fiducie par déduction peut aussi être écartée par l'existence de dispositions précises concernant l'aliénation du surplus lors de la cessation du régime.

B. Période d'exonération de cotisations

Deux questions se posent à l'égard de la période d'exonération de cotisations. La première est de savoir si, dans le calcul de la cotisation annuelle obligatoire de l'employeur à un régime de retraite, la loi permet de tenir compte du surplus actuariel accumulé dans une caisse de retraite existante. La seconde est de savoir s'il est permis ou interdit de tenir compte de ce surplus en vertu d'un régime donné.

Les deux parties aux pourvois conviennent que, sous réserve des dispositions du régime, l'affectation d'un surplus existant à des cotisations obligatoires était en tout temps pertinente permise par la loi albertaine. Cette proposition semble irréfutable compte tenu des dispositions de l'*Employment Pension Plans Act* et de la *Pension Benefits Act* mentionnées précédemment. Elle est également compatible avec les dispositions de la circulaire d'information n° 72-13R7, *op. cit.* Par conséquent, la question doit être résolue en fonction des dispositions du régime.

Avant d'étudier le régime d'Air Products, il peut se révéler utile de revoir la jurisprudence en matière de période d'exonération de cotisations. Dans l'arrêt *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'Hydro Ontario ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations au moment où le régime de retraite de ses employés accusait un surplus. Le régime de retraite des employés d'Hydro était inusité du fait qu'il avait été établi conformément à une loi qui

tion Act, R.S.O. 1980, c. 384 (as cited by Robins J.A. at p. 623), provided:

20. . . .

(4) The Corporation *shall* contribute towards the cost of the benefits mentioned in subsection (1) *the amount of the difference between the amount of the contributions of the employees and the amount of the cost of the benefits as determined by actuarial valuations*. [Emphasis of Robins J.A.]

Robins J.A. held that this clause was unequivocal and required Hydro to contribute each year the difference between the cost of the benefits for that year as determined by an actuary and the contributions of the employees. The existence of an ongoing fund surplus was irrelevant to this obligation. Robins J.A. explicitly added at p. 630 that s. 20(4) should not be treated:

. . . as tantamount to stating that "the corporation shall make contributions to the plan on such basis as may be determined by the actuary from time to time" or "the corporation shall contribute to the plan an amount determined by an actuary in accordance with generally accepted actuarial principles". While clauses of that kind may not be uncommon, particularly in private pension plans, the statutory provisions regulating this plan and under which it operates are not to that effect. Under the formula mandated by the Act, an actuarial valuation is required only for the purpose of ascertaining the cost of the benefits. The actuary is not empowered to set the over-all level of corporation contributions on such basis as he may determine, notwithstanding that his determination may be by reference to generally accepted actuarial principles.

Subsequent cases have limited the application of *Ontario Hydro*. In *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641, the Ontario Court of Appeal considered a plan (at p. 644) which required that "[e]ach Contributing Member Hospital shall make contributions to the Plan on a basis determined by the Actuary from time to time". Carthy J.A. held that this provision allowed the employers to take a contribution holiday. He distinguished *Ontario Hydro* in this way, at p. 651:

obligeait l'employeur à cotiser. Le paragraphe 20(4) de la *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, ch. 384 (cité par le juge Robins, à la p. 623), prévoyait ceci:

[TRADUCTION] 20. . . .

(4) La Société *assume*, à titre de cotisation au coût des prestations prévues au paragraphe (1), *la différence entre la somme des cotisations des employés et le coût de ces prestations, déterminé par voie d'évaluation actuarielle*. [Italiques du juge Robins.]

Le juge Robins a conclu que cette disposition était non équivoque et obligeait Hydro à cotiser chaque année la différence entre le coût des prestations pour l'année, déterminé par un actuaire, et les cotisations des employés. La présence d'un surplus de caisse existant était sans rapport avec cette obligation. Le juge Robins ajoute expressément, à la p. 630, que le par. 20(4) ne devrait pas être considéré:

[TRADUCTION] . . . comme signifiant que «la société doit verser dans le régime les cotisations que l'actuaire peut fixer à l'occasion» ou que «la société doit cotiser au régime une somme déterminée par un actuaire conformément aux principes actuariels généralement reconnus». Si de telles dispositions ne sont pas inhabituelles, particulièrement dans les régimes de retraite privés, les dispositions législatives qui régissent ce régime et en vertu desquelles il s'applique ne vont pas dans ce sens. Selon la formule prescrite par la Loi, l'évaluation actuarielle n'est requise que pour déterminer le coût des prestations. L'actuaire n'est pas habilité à fixer le montant global des cotisations de la société selon l'assiette qu'il détermine, bien qu'il puisse prendre sa décision en se référant aux principes actuariels généralement reconnus.

Des affaires subséquentes ont restreint l'application de l'arrêt *Ontario Hydro*. Dans l'arrêt *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641, la Cour d'appel de l'Ontario étudie, à la p. 644, un régime qui exigeait que [TRADUCTION] «[c]haque hôpital participant cotise au régime, selon l'assiette déterminée par un actuaire». Le juge Cathy a conclu que cette disposition permettait aux employeurs de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Il a établi la distinction suivante d'avec l'arrêt *Ontario Hydro*, à la p. 651:

To repeat for clarity, the *ratio* I take from the *Ontario Hydro* case is that, if a specific calculated contribution is mandated by statute or by the plan itself, it is an indirect use of trust funds to apply surplus to meet that obligation. The intended *ratio* of the present case is that, where the specific method of calculation is not mandated, it is inoffensive and in accordance with statutory authorization and normal actuarial practice to consider a surplus as one factor in the calculation of the contribution.

A contribution holiday was also permitted in *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139 (Gen. Div.). The relevant plan provision there (at p. 144) provided that "[t]he University shall pay into the Fund each year the amount required to fund fully the current service cost of the Plan, as determined by the Actuary, after allowing for the Members' required contributions". Haley J. considered that the words "as determined by the Actuary" modified the phrase "the amount required to fund fully the current service cost of the Plan", and therefore held that the provision enabled the University to use the actuarial surplus to offset current contributions.

Most recently, the Ontario Divisional Court applied *Ontario Hydro* and held that the specific contribution requirements contained in its pension plan prohibited Trent University from taking a holiday from its contributions to its employee pension plan (*Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451).

Finally, I note that the taking of a contribution holiday was contemplated by the court in *Reevie*, *supra*, even though in that case employees were held to be entitled to the fund surplus upon termination. The thought was expressed in this manner at pp. 600-601:

[TRANSCRIPTION] Par souci de clarté, je réitère le raisonnement qui, à mon avis, sous-tend l'arrêt *Ontario Hydro* et qui veut que, si la loi ou le régime lui-même prescrit une cotisation déterminée, l'usage d'un surplus pour s'acquitter de cette obligation constitue une utilisation indirecte des fonds en fiducie. Le raisonnement qu'on a voulu suivre en l'espèce veut que, lorsqu'aucune méthode précise de calcul n'est prescrite, considérer un surplus comme un facteur dont il faut tenir compte dans le calcul de la cotisation ne porte pas à conséquence et est conforme à l'autorisation d'origine législative et à la pratique actuarielle normale.

Dans l'affaire *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139 (Div. gén.), on a également autorisé une période d'exonération de cotisations. La disposition pertinente du régime dans cette affaire (à la p. 144) prévoyait que [TRANSCRIPTION] «[l']Université verse annuellement dans la caisse la somme nécessaire pour financer entièrement le coût des services courants du régime, déterminé par l'actuaire, après avoir tenu compte des cotisations obligatoires des participants». Le juge Haley estimait que les mots «déterminé par l'actuaire» atténuaient la phrase «la somme nécessaire pour financer entièrement le coût des services courants du régime» et il a donc conclu que la disposition permettait à l'Université d'utiliser le surplus actuariel pour compenser ses cotisations courantes.

Tout récemment, la Cour divisionnaire de l'Ontario a appliqué l'arrêt *Ontario Hydro* et conclu que les exigences expresses en matière de cotisation prévues dans le régime de retraite de l'Université Trent interdisaient à celle-ci de s'accorder une période d'exonération de cotisation au régime de retraite de ses employés (*Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451).

Enfin, je remarque que, dans l'affaire *Reevie*, précitée, la cour a envisagé la possibilité de s'accorder une période d'exonération de cotisations, même si, dans cette affaire, on a conclu que les employés avaient droit au surplus de caisse à la cessation. L'opinion est ainsi exprimée, aux pp. 600 et 601:

While the plan continues to operate, a surplus will simply afford a cushion against years during which the fund performs poorly, or, it may lead to the reduction of future contributions. If the plan is discontinued, other considerations will arise.

All of these cases are perfectly consistent with one another. Together they demonstrate only that whether or not a contribution holiday is permissible must be decided on the basis of the applicable plan provisions. I can see no objection in principle to employers' taking contribution holidays when they are permitted to do so by the terms of the pension plan. When permission is not explicitly given in the plan, it may be implied from the wording of the employer's contribution obligation. Any provision which places the responsibility for the calculation of the amount needed to fund promised benefits in the hands of an actuary should be taken to incorporate accepted actuarial practice as to how that calculation will be made. That practice currently includes the application of calculated surplus funds to the determination of overall current service cost. It is a practice that is in keeping with the nature of a defined benefits plan, and one which is encouraged by the tax authorities.

An employer's right to take a contribution holiday can also be excluded by the terms of the pension plan or the trust created under it. An explicit prohibition against applying an existing fund surplus to the calculation of the current service cost, or other provisions which in effect convert the nature of the plan from a defined benefit to a defined contribution plan, will preclude the contribution holiday. For example, the presence of a specific formula for calculating the contribution obligation, such as those considered in the *Ontario Hydro* and *Trent University* cases, prevents employers from taking a contribution holiday. However, whenever the contribution requirement simply refers to actuarial calculations, the presumption will normally be that it also authorizes the use of standard actuarial practices.

[TRANSLATION] Pendant l'existence du régime, le surplus offre simplement une protection pour les années pendant lesquelles la caisse connaîtra un mauvais rendement, ou il peut entraîner la réduction des cotisations futures. S'il est mis fin au régime, d'autres considérations jouent.

Toutes ces affaires sont parfaitement compatibles les unes avec les autres. Ensemble, elles démontrent seulement que la question de savoir si la période d'exonération de cotisations est permise doit être résolue en fonction des dispositions applicables du régime. Je ne vois, en principe, aucune objection à ce que les employeurs s'accordent des périodes d'exonération de cotisations lorsque le régime de retraite les autorise à le faire. Lorsque le régime ne donne pas expressément cette autorisation, celle-ci peut-être déduite du texte de l'obligation de l'employeur de cotiser. Toute disposition qui confie à un actuaire la tâche de calculer le montant requis pour financer les prestations promises devrait être considérée comme incorporant la pratique actuarielle reconnue quant à la façon d'effectuer ce calcul. Cette pratique comprend actuellement l'utilisation des sommes excédentaires calculées pour déterminer le coût global des services courants. C'est une pratique conforme à la nature d'un régime à prestations déterminées, que les autorités en matière d'impôt encouragent.

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations peut également être exclu par les modalités du régime de retraite ou de la fiducie créée en vertu de ce régime. Une interdiction expresse d'utiliser un surplus de caisse existant pour calculer le coût des services courants, ou d'autres dispositions qui ont pour effet de convertir le régime à prestations déterminées en un régime à cotisations déterminées, empêchent le recours à une période d'exonération de cotisations. Par exemple, l'existence d'une formule précise de calcul de l'obligation de cotiser, comme celles qui ont été examinées dans les affaires *Ontario Hydro* et *Trent University*, empêche les employeurs de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Toutefois, lorsque l'exigence en matière de cotisation renvoie simplement à des calculs actuariels, on présumera ordinairement qu'elle autorise également le recours aux pratiques actuarielles normales.

The former Catalytic employees successfully argued before the chambers judge that to permit a contribution holiday is to permit an encroachment upon the trust fund of which they are the beneficiaries. I do not agree. As noted earlier, the trust property usually consists of all the monies contributed to the pension fund. To permit a contribution holiday does not reduce the corpus of the fund nor does it amount to applying the monies contained in it to something other than the exclusive benefit of the employees. The entitlement of the trust beneficiaries is not affected by a contribution holiday. That entitlement is to receive the defined benefits provided in the pension plan from the trust and, depending upon the terms of the trust to receive a share of any surplus remaining upon termination of the plan.

Once funds are contributed to the pension plan they are "accrued benefits" of the employees. However, the benefits are of two distinct types. Employees are first entitled to the defined benefits provided under the plan. This is an amount fixed according to a formula. The other benefit to which the employees may be entitled is the surplus remaining upon termination. This amount is never certain during the continuation of the plan. Rather, the surplus exists only on paper. It results from actuarial calculations and is a function of the assumptions used by the actuary. Employees can claim no entitlement to surplus in an ongoing plan because it is not definite. The right to any surplus is crystallized only when the surplus becomes ascertainable upon termination of the plan. Therefore, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits.

Similar reasoning explains why I cannot accept the proposition that an employer entitled to take a contribution holiday must also be entitled to recover surplus on termination.

While a plan which takes the form of a trust is in operation, the surplus is an actuarial surplus.

Les anciens employés de Catalytic ont soutenu avec succès devant le juge en chambre qu'autoriser une période d'exonération de cotisations revient à permettre un empiètement sur le fonds en fiducie dont ils sont bénéficiaires. Je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai mentionné précédemment, les biens en fiducie se composent habituellement de toutes les sommes versées dans la caisse de retraite. Permettre une période d'exonération de cotisations ne réduit pas le capital de la caisse et ne revient pas à utiliser les sommes qu'elle contient à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés. Le droit des bénéficiaires de la fiducie n'est pas touché par une période d'exonération de cotisations. Ils ont droit au paiement sur la fiducie des prestations déterminées que prévoit le régime de retraite et, selon les modalités de la fiducie, à une part de tout surplus accumulé à la cessation du régime.

Une fois que des sommes sont versées dans le régime de retraite, elles constituent des «prestations acquises» des employés. Toutefois, les prestations sont de deux ordres différents. Les employés ont d'abord droit aux prestations déterminées que prévoit le régime. Il s'agit d'une somme établie selon une formule. L'autre prestation à laquelle les employés peuvent avoir droit est le surplus accumulé à la cessation. Cette somme n'est jamais certaine pendant l'existence du régime. Au contraire, le surplus n'existe que théoriquement. Il résulte de calculs actuariels et dépend des hypothèses utilisées par l'actuaire. Les employés ne peuvent revendiquer aucun droit au surplus d'un régime existant puisqu'il n'est pas définitif. Le droit à tout surplus n'est cristallisé que lorsque celui-ci devient vérifiable à la cessation du régime. Par conséquent, le fait de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne représente ni un empiètement sur la fiducie, ni une réduction des prestations acquises.

Un raisonnement semblable explique pourquoi je ne puis accepter la proposition voulant que l'employeur qui a le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ait aussi le droit de récupérer tout surplus à la cessation du régime.

Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'em-

Neither the employer nor the employees have a specific interest in this amount, since it only exists on paper, although the employee beneficiaries have an equitable interest in the total assets of the fund while it is in existence. When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries. The distinction between actual and actuarial surplus means that there is no inconsistency between the entitlement of the employer to contribution holidays and the disentitlement of the employer to recovery of the surplus on termination. The former relies on actuarial surplus, the latter on actual surplus.

C. Summary

In the absence of provincial legislation providing otherwise, the courts must determine competing claims to pension surplus by a careful analysis of the pension plan and the funding structures created under it. The first step is to determine whether the pension fund is impressed with a trust. This is a determination which must be made according to ordinary principles of trust law. A trust will exist whenever there has been an express or implied declaration of trust and an alienation of trust property to a trustee to be held for specified beneficiaries.

If the pension fund, or any part of it, is not subject to a trust, then any issues relating to outstanding pension benefits or to surplus entitlement must be resolved by applying the principles which pertain to the interpretation of contracts to the pension plan.

If, however, the fund is impressed with a trust, different considerations apply. The trust is not a trust for a purpose, but a classic trust. It is governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail. The trust will in most cases extend to an ongoing or actual surplus as well as to that part of the pension fund needed to provide employee benefits. However, an employer may

ployeur ni les employés n'ont de droit précis sur cette somme puisqu'elle n'existe que théoriquement, même si les employés bénéficiaires ont, en *equity*, un droit sur tous les éléments d'actif de la caisse pendant qu'elle existe. À la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires. La distinction entre le surplus réel et le surplus actuariel signifie qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit de l'employeur à des périodes d'exonération de cotisations et le fait qu'il n'a pas le droit de récupérer le surplus accumulé à la cessation du régime. Le premier repose sur un surplus actuariel et le second, sur un surplus réel.

C. Résumé

En l'absence d'une loi provinciale contraire, les tribunaux doivent se prononcer sur des revendications opposées du droit à un surplus de caisse de retraite en effectuant une analyse minutieuse du régime de retraite et des structures de financement créées en application de ce régime. La première étape consiste à déterminer si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. C'est une décision qui doit être prise conformément aux principes ordinaires du droit des fiducies. Il existera une fiducie dans tous les cas où il y a eu déclaration de fiducie expresse ou implicite et où des biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire qui les détient pour des bénéficiaires donnés.

Si la totalité ou une partie de la caisse de retraite n'est pas assujettie à une fiducie, il faut alors résoudre toutes les questions relatives aux prestations de retraite dues ou au droit à un surplus en appliquant au régime de retraite les principes d'interprétation des contrats.

Si, toutefois, la caisse est assujettie à une fiducie, différentes considérations entrent en jeu. Il s'agit non pas d'une fiducie à une fin, mais d'une fiducie classique. Elle est régie par l'*equity* et, dans la mesure où les principes d'*equity* applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l'*equity* doit prévaloir. La fiducie s'étendra, dans la plupart des cas, au surplus existant ou réel de même qu'à la partie de la caisse de retraite qui est

explicitly limit the operation of the trust so that it does not apply to surplus.

The employer, as a settlor of the trust, may reserve a power to revoke the trust. In order to be effective, that power must be clearly reserved at the time the trust is created. A power to revoke the trust or any part of it cannot be implied from a general unlimited power of amendment.

Funds remaining in a pension trust following termination and payment of all defined benefits may be subject to a resulting trust. Before a resulting trust can arise, it must be clear that all of the objectives of the trust have been fully satisfied. Even when this is the case, the employer cannot claim the benefit of a resulting trust when the terms of the plan demonstrate an intention to part outright with all money contributed to the pension fund. In contributory plans, it is not only the employer's but also the employees' intentions which must be considered. Both are settlors of the trust. Both are entitled to benefit from a reversion of trust property.

An employer's right to take a contribution holiday must also be determined on a case-by-case basis. The right to take a contribution holiday can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Contribution holidays may also be permitted by the terms of the plan. When the plan is silent on the issue, the right to take a contribution holiday is not objectionable so long as actuaries continue to accept the application of existing surplus to current service costs as standard practice. These principles apply whether or not the pension fund is subject to a trust. Because no money is withdrawn from the fund by the employer, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits. These general con-

nécessaire pour verser les prestations aux employés. Cependant, un employeur peut expressément limiter l'application de la fiducie de façon à ce qu'elle ne s'applique pas à un surplus.

L'employeur peut, en tant que constituant de la fiducie, se réserver le pouvoir de révoquer la fiducie. Pour être valide, ce pouvoir doit être clairement réservé au moment où la fiducie est créée. Le pouvoir de révoquer une fiducie ou une partie de celle-ci ne saurait s'inférer d'un pouvoir de modification général et illimité.

Les sommes qui restent dans une caisse de retraite en fiducie à la cessation du régime et après le paiement de toutes les prestations déterminées peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction. Pour qu'une fiducie par déduction naisse, il doit être clair que tous les objets de la fiducie ont été pleinement atteints. Même alors, l'employeur ne peut se prévaloir d'une fiducie par déduction lorsque les modalités du régime démontrent l'intention de se départir complètement de tout l'argent versé dans la caisse de retraite. Dans les régimes contributifs, ce ne sont pas uniquement les intentions de l'employeur qui comptent, mais également celles des employés. Ils sont, dans les deux cas, les constituants de la fiducie. De même, ils ont tous le droit de bénéficier d'un retour des biens en fiducie.

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite soit ou non assujettie à une fiducie. Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la

siderations are, of course, subject to applicable legislation.

Let us see how these principles should be applied to the agreements presented in this case.

VI. Application to the Facts

A. *Surplus Entitlement*

1. The Catalytic Plan

The plan provided under Article V that all contributions would be paid to a trustee to be held and administered in accordance with a trust agreement which formed part of the plan. The plan also contained the following definitions in Section II:

12. "Trust Agreement" means the agreement entered into between the Company and the Trustee establishing the Trust Fund;

13. "Trustee" means the Canada Trust Company, or such other successor trust company, if any, as the Board may appoint;

14. "Trust Fund" means the pension fund established pursuant to the Trust Agreement and to which contributions are made after January 1, 1959, by the Company and by contributing members and from which pensions and other benefits under this Plan are to be paid.

A trust agreement was executed between the company and Canada Trust, which contained the following:

AND WHEREAS under the PLAN contributions will be made to the Trustee which when received by the Trustee shall constitute a Pension Trust Fund (hereinafter called the "FUND") to be held and administered for the benefit of such persons or their estates as may from time to time be designated in or pursuant to the PLAN;

période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empiétement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. Ces considérations générales sont évidemment sujettes à la loi applicable.

Voyons comment ces principes devraient être appliqués aux ententes intervenues dans la présente affaire.

VI. Application aux faits

A. *Droit au surplus*

1. Le régime de Catalytic

Le régime prévoyait à l'article V que toutes les cotisations seraient versées à un fiduciaire qui les détiendrait et les gèrerait conformément à l'acte de fiducie faisant partie du régime. Celui-ci énonçait également les définitions suivantes à l'article II:

[TRANSDUCTION]

12. «acte de fiducie» L'entente conclue entre la compagnie et le fiduciaire, qui crée le fonds en fiducie.

13. «fiduciaire» La Société Canada Trust, ou toute autre société de fiducie subséquente, le cas échéant, que le conseil peut nommer.

14. «fonds en fiducie» La caisse de retraite établie conformément à l'acte de fiducie, dans laquelle des cotisations sont versées après le 1^{er} janvier 1959 par la compagnie et les cotisants, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

La compagnie et Canada Trust ont signé un acte de fiducie prévoyant ce qui suit:

[TRANSDUCTION] ET ATTENDU QU'aux termes du RÉGIME les cotisations versées au fiduciaire constitueront la caisse de retraite en fiducie (ci-après la «CAISSE»), détenue et gérée pour le bénéfice des personnes, ou de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME ou conformément à celui-ci;

ARTICLE IESTABLISHMENT OF TRUST

1. This Agreement is hereby made a part of the PLAN.
2. The Company may pay or cause to be paid from time to time to the Trustee upon the trusts of this Agreement money or property acceptable to the Trustee for the purpose of the PLAN, all of which together with the earnings, profit and increments thereon and property from time to time substituted therefore shall constitute the FUND hereby created and established. [Emphasis added.]

These provisions establish that a trust was created in 1959. The plan and the agreement constitute a clear declaration of an intention to create a trust. The subject matter of the trust is defined as all contributions made by the company and by employees together with all the earnings of those contributions; the beneficiaries are defined in the Trust Agreement by reference back to the Plan. This is a classic trust established for the benefit of a defined group of persons.

As Moore C.J. noted, there is no evidence that this trust was ever terminated. I agree with that finding. It must then be assumed that the trust continues to exist. This conclusion is strengthened by the definition of "Trustee" in the original plan, which accepts that Canada Trust might not always be in charge of the fund. Thus it can be seen that the parties contemplated that the trust would continue if a different trustee was named. It follows that the trust was not terminated when, in 1974, the company transferred control of its pension fund to Confederation Life Insurance Company pursuant to the terms of an investment contract which is not included in the evidence. Further, the fact that the 1978 version of the Catalytic plan removed all reference to a trust could not have the effect of terminating the trust. Nor could any of the provisions of the 1984 investment contract entered into by Stearns Catalytic and Confederation Life have that effect.

What then is the effect of this trust? The preamble to the Trust Agreement, the underlined portion of Article I.2 of that agreement, and the definition of "Trust Fund" contained in the 1959 Plan, taken

ARTICLE ICONSTITUTION D'UNE FIDUCIE

1. Le présent acte fait partie du RÉGIME.
2. La compagnie peut, à l'occasion, verser ou faire verser au fiduciaire, à valoir sur les fiducies créées par le présent acte, des sommes d'argent ou des biens que le fiduciaire juge acceptables pour les fins du RÉGIME et qui, avec les gains, les profits, les accroissements et les biens y substitués à l'occasion, constituent la CAISSE créée et établie par les présentes. [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent qu'une fiducie a été créée en 1959. Le régime et l'acte reflètent clairement l'intention de créer une fiducie dont les biens y assujettis sont définis comme étant toutes les cotisations versées par la compagnie et les employés, ainsi que les gains qui en découlent; les bénéficiaires sont désignés dans l'acte de fiducie par renvoi au régime. Il s'agit d'une fiducie classique établie pour le bénéfice d'un groupe donné.

J'estime, à l'instar du juge en chef Moore, qu'il n'y a aucune preuve qu'on a mis fin à cette fiducie. Il faut donc présumer qu'elle continue d'exister. Cette conclusion est renforcée par la définition de «fiduciaire» énoncée dans le régime initial, qui reconnaît qu'il se pourrait que Canada Trust n'ait pas toujours la responsabilité de la caisse. On peut donc constater que les parties avaient prévu que la fiducie subsisterait si un fiduciaire différent était nommé. Il s'ensuit que la fiducie n'a pas cessé d'exister lorsqu'en 1974 la compagnie a cédé le contrôle de sa caisse de retraite à La Confédération conformément aux modalités d'un contrat de placement non soumis en preuve. En outre, le fait que la version de 1978 du régime de Catalytic ait supprimé tout renvoi à une fiducie ne pouvait avoir pour effet d'éteindre celle-ci. Les dispositions du contrat de placement de 1984 conclu entre Stearns Catalytic et La Confédération ne pouvaient pas non plus avoir cet effet.

Quel est donc l'effet de cette fiducie? Lus conjointement, le préambule de l'acte de fiducie, la partie soulignée de l'article I.2 de cet acte et la définition de [TRADUCTION] «fonds en fiducie»

together, make it clear that the trust fund was comprised of all contributions made by both the company and the employees, together with any earnings of those monies. The fact that the 1959 plan was a defined contribution plan under which no surplus could arise does not affect this definition of the trust fund. These provisions in themselves refute the company's argument that only that portion of the fund necessary to cover the benefits defined in the plan was subject to the trust.

All monies in the Catalytic pension fund were impressed with a trust. It follows that the company could only claim the surplus remaining on termination by virtue of a resulting trust, or according to the terms of the trust itself. No resulting trust arises in this case. In my opinion, the purposes of the trust were not fully satisfied by the payment of all defined benefits. One of the objects of the trust was to use any money contained in the fund for the benefit of the employees.

This objective can be implied from the "exclusive benefit" and "non-diversion" clauses contained in the original trust agreement. Furthermore, Section XI of the plan provided that all contributions on behalf of employees who left the company prior to the vesting of their rights as members should be forfeited to the fund and "allocated among the Company Accounts of the remaining Members at that date".

Section XV of the plan governed an employee's pension entitlement. It reads:

SECTION XV AMOUNT OF PENSION

When a Member retires, the proceeds of his Member's Account, if any, and of his Company Account . . . shall be used in their entirety to purchase for the Member an

contenue dans le régime de 1959 indiquent clairement que le fonds en fiducie se composait de toutes les cotisations versées par la compagnie et par les employés, de même que des gains en découlant. Le fait que le régime de 1959 ait été un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne change rien à la définition du fonds en fiducie. En elles-mêmes, ces dispositions réfutent l'argument de la compagnie suivant lequel seule la partie de la caisse nécessaire pour verser les prestations déterminées par le régime était assujettie à la fiducie.

Tout l'argent versé dans la caisse de retraite de Catalytic était assujetti à une fiducie. La compagnie ne pouvait donc revendiquer le surplus accumulé à la cessation qu'en vertu d'une fiducie par déduction ou conformément aux modalités de la fiducie elle-même. Aucune fiducie par déduction n'existe dans la présente affaire. À mon avis, les objets de la fiducie n'ont pas été pleinement réalisés par le paiement de toutes les prestations déterminées. L'un d'eux consistait en effet à utiliser toute somme contenue dans la caisse pour le bénéfice des employés.

On peut déduire l'existence de cet objet des dispositions relatives au «bénéfice exclusif» et à l'«interdiction d'utiliser à d'autres fins», contenues dans l'acte de fiducie initial. De plus, l'article XI du régime prévoyait que toutes les cotisations versées pour le compte des employés qui avaient quitté la compagnie avant l'acquisition de leurs droits à titre de participants devaient être abandonnées dans la caisse et [TRADUCTION] «réparties entre les comptes de la compagnie établis au nom des participants qui rester[aient] à cette date».

L'article XV du régime régissait le droit d'un employé aux prestations de retraite. Il était ainsi rédigé:

[TRADUCTION]

ARTICLE XV PRESTATIONS DE RETRAITE

Lorsqu'un participant prend sa retraite, le produit de son compte, le cas échéant, et du compte de la compagnie établi en son nom [...] est entièrement consacré à

Annuity from an insurance company [Emphasis added.]

These clauses demonstrate that all money in the fund was to be used for the benefit of employees. Even though originally the plan was one of "defined contribution", the entitlement of each employee was never limited to the contributions made on his behalf. Collectively, the entitlement of all eligible employees was to all monies contained in the fund, whether the money resulted from contributions made on their behalf or "windfall" funds resulting from the withdrawal of employees from the plan prior to the vesting of their rights.

These provisions, specifically incorporated by reference into the 1959 Trust Agreement, clearly indicate that one of the objectives of the trust was to divide all monies in the fund among eligible members. The corollary to this is that the trust objects are not exhausted so long as some money remains in the fund and some eligible employees can be found. Therefore, a resulting trust cannot arise in this case.

Air Products is only entitled to the surplus, if at all, under the terms of the trust. In this case both the trust agreement and all versions of the plan make some provision for what was to occur on termination of the plan. The question is which of the different provisions dealing with termination governed in 1988? The answer depends upon the validity of the amendments purportedly made by the employer since 1959.

Section XXII of the 1959 plan provided:

3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. . . .

This section was reproduced in nearly identical form in the 1966 plan. The issue of entitlement to surplus was not specifically addressed until the

l'achat, auprès d'une compagnie d'assurances, d'une rente pour le compte du participant . . . [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent que tout l'argent de la caisse devait être utilisé pour le bénéfice des employés. Bien qu'à l'origine le régime ait été un régime à «cotisations déterminées», le droit de chaque employé n'a jamais été limité aux cotisations versées pour son compte. Collectivement, le droit de tous les employés admissibles portait sur tout l'argent contenu dans la caisse, peu importe que cet argent provienne de cotisations versées pour leur compte ou de fonds accumulés fortuitement grâce au retrait d'employés du régime avant l'acquisition de leurs droits.

Ces dispositions, expressément insérées par renvoi dans l'acte de fiducie de 1959, démontrent clairement que l'un des objets de la fiducie était de répartir tout l'argent de la caisse entre les participants admissibles. Il s'ensuit que les objets de la fiducie ne sont pas épuisés tant qu'il reste de l'argent dans la caisse et que des employés y ont droit. Il ne peut donc y avoir de fiducie par déduction en l'espèce.

Air Products n'a droit au surplus, si tant est que ce soit le cas, qu'aux termes de la fiducie. Dans la présente affaire, l'acte de fiducie et toutes les versions du régime pourvoient à ce qui doit se produire à la cessation du régime. La question est de savoir laquelle des différentes dispositions portant sur la cessation s'appliquait en 1988. La réponse dépend de la validité des modifications qui auraient été apportées par l'employeur depuis 1959.

L'article XXII du régime de 1959 prévoyait ceci:

[TRADUCTION]

3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom . . .

Cet article a été repris presque intégralement dans le régime de 1966. La question du droit au surplus n'a été abordée expressément qu'au

plan was amended again in 1978. Section 17.05 of the 1978 plan provided that any surplus remaining on termination was to be distributed according to the directions of the company. The 1983 Air Products Plan contained the same stipulation (renumbered to become Section 18.05), and added an additional clause imposing a maximum level of benefits recoverable by an employee and stating that any surplus remaining once that maximum level had been reached was to revert to the company.

The validity of these amended provisions depends upon the original 1959 documents. Section XXII.2 of the pension plan prohibited any amendment which would operate to reduce the benefits which had accrued to the employees prior to the date of the amendment. The Trust Agreement contained the following provision:

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided . . . that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time. . . .

The company therefore reserved a general amending power subject to the provisos that no amendments could reduce accrued benefits or allow the trust fund to be used in any way other than for the employees' exclusive benefit. The company did not expressly reserve for itself the power to revoke the trust. Such a power cannot be implied under the broad general amendment power.

I cannot accept that when the Catalytic Plan became a defined benefit plan in 1966, the parties did not intend Article V of the Trust Agreement to

moment où le régime a été modifié de nouveau en 1978. L'article 17.05 du régime de 1978 prévoyait que tout surplus accumulé à la cessation devait être distribué conformément aux directives de la compagnie. Le régime de 1983 d'Air Products contenait la même disposition (devenue l'art. 18.05) et ajoutait une disposition supplémentaire imposant un plafond aux prestations recouvrables par un employé et prévoyant la remise à la compagnie de tout surplus accumulé une fois ce plafond atteint.

La validité de ces dispositions modifiées dépend des documents initiaux de 1959. L'article XXII.2 du régime de retraite interdisait toute modification ayant pour effet de réduire les prestations acquises par les employés avant la date de la modification. L'acte de fiducie contenait la disposition suivante:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition [. . .] que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci . . .

La compagnie s'est donc réservé un pouvoir général de modifier, à la condition qu'aucune modification ne puisse réduire les prestations acquises ou permettre que le fonds en fiducie soit utilisé à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés. La compagnie ne s'est pas expressément réservé le pouvoir de révoquer la fiducie. Un tel pouvoir ne saurait s'inférer du pouvoir général de modifier.

Je ne puis accepter qu'au moment où le régime de Catalytic est devenu un régime à prestations déterminées en 1966, les parties n'ont pas voulu

apply to any surplus which might arise. Although the Trust Agreement was not altered, several provisions contained in the 1959 plan were modified in the 1966 version of the plan. The nature of the modifications indicates that the parties considered the effect of changing to a defined benefit plan and made the necessary amendments to the 1966 plan. In these circumstances, the parties must be taken to have intended that the unaltered provisions of the plan and the Trust Agreement should continue to apply to the new arrangement. Article V therefore continued to apply to all monies in the pension fund after 1966.

In the result, the 1978 amendment purporting to give the company the power to distribute surplus to itself, as well as the reversion clause of the 1983 plan, are invalid. Both represent attempts to revoke partially a trust in favour of the employees which was established in 1959. Neither is within the scope of the control which the company reserved to itself at that time.

I agree with the Chambers Judge and the Court of Appeal that, by virtue of a continuing trust in their favour, the employees are entitled to those surplus funds which are derived from the Catalytic plans.

B. Contribution Holiday

The relevant plan provisions which govern the taking of a contribution holiday are those contained in the 1983 Air Products Plan. As the employees point out, the Chambers Judge, when considering this issue, mistakenly quoted the contribution provisions from the 1977 Stearns plan. The Stearns plan expressly reserved to the company the right to pay its contributions from surplus. It is therefore necessary to consider whether the actual provisions of the 1983 plan would affect the result he reached.

que l'article V de l'acte de fiducie s'applique à tout surplus qui pourrait être accumulé. Même si l'acte de fiducie n'était pas changé, plusieurs dispositions du régime de 1959 ont été modifiées dans la version de 1966 du régime. La nature des modifications indique que les parties ont considéré l'effet de la conversion en un régime à prestations déterminées et apporté les modifications nécessaires au régime de 1966. Dans ces circonstances, on doit considérer que les parties ont voulu que les dispositions non modifiées du régime et de l'acte de fiducie continuent de s'appliquer à la nouvelle entente. En conséquence, l'article V a continué de s'appliquer à toutes les sommes contenues dans la caisse de retraite après 1966.

En définitive, la modification de 1978 qui avait pour effet de conférer à la compagnie le pouvoir de s'approprier le surplus, de même que la disposition en matière de réversion dans le régime de 1983, sont invalides. Elles représentent toutes les deux une tentative de révoquer partiellement une fiducie établie en 1959 en faveur des employés. Le contrôle que s'est réservé la compagnie à cette époque ne comprend ni l'une ni l'autre.

Je conviens avec le juge en chambre et la Cour d'appel qu'en vertu d'une fiducie existante en leur faveur, les employés ont droit aux sommes excédentaires qui découlent des régimes de Catalytic.

B. Période d'exonération de cotisations

Les dispositions pertinentes qui régissent les périodes d'exonération de cotisations sont contenues dans le régime de 1983 d'Air Products. Comme les employés le soulignent, lorsqu'il a examiné la question, le juge en chambre a cité par erreur les dispositions en matière de cotisation du régime de 1977 de Stearns. Le régime de Stearns réservait expressément à la compagnie le droit de se servir d'un surplus pour verser ses cotisations. Il faut donc se demander si les dispositions véritables du régime de 1983 changeraient le résultat auquel il est arrivé.

Section 4.03 of the Air Products plan (which is identical to s. 4.03 of the 1978 Catalytic plan) provides that:

4.03 Company Contributions

The Company shall contribute from time to time, but not less frequently than annually, such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with the requirements of the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors.

The employees submit that this section, like the contribution clause in the *Ontario Hydro* case, provides a fixed formula according to which the annual contribution obligation must be calculated. On this approach, the standard actuarial practice of applying surplus to current service funding obligations is excluded. Instead, Section 4.03 requires the company to contribute an amount equal to not less than the sum of:

- (i) the amount necessary to provide the retirement benefits accruing to members during the current year, and
- (ii) the amount required to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with the requirements of the *Pension Benefits Act*, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors.

Where no amount is required under (ii), the employees submit that the Company's minimum annual contribution is the amount determined under (i).

In my view, the words "after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors" must qualify all of the preceding phrase beginning with "as necessary. . .". Such an interpretation is consistent with the natural gram-

L'article 4.03 du régime d'Air Products (identique à l'art. 4.03 du régime de 1978 de Catalytic) prévoit ceci:

a [TRADUCTION] 4.03 Cotisations de la compagnie

La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Pension Benefits Act.

Les employés soutiennent que cet article, à l'instar de la disposition en matière de cotisation dans l'affaire *Ontario Hydro*, établit une formule déterminée selon laquelle la cotisation annuelle obligatoire doit être calculée. Selon ce point de vue, la pratique actuarielle normale qui consiste à affecter le surplus aux obligations de financement des services courants est écartée. L'article 4.03 exige plutôt que la compagnie cotise un montant au moins égal à la somme:

- (i) du montant nécessaire pour verser les prestations de retraite acquises par les participants durant l'année en cours, et
- (ii) du montant requis pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises, conformément aux conditions de la *Pension Benefits Act*, compte tenu de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent.

Les employés font valoir que, lorsqu'aucun montant n'est requis aux termes du sous-al. (ii), la cotisation annuelle minimale de la compagnie est le montant déterminé en vertu du sous-al. (i).

À mon avis, les mots «après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent» doivent atténuer toute la phrase suivante qui commence par «nécessaire . . .». Une telle interprétation est compatible avec l'interpréta-

mathematical construction of Section 4.03. The absence of a comma between the phrases "to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan" and "to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency" supports this position. Further, to agree to the interpretation suggested by the employees would be to accept that the company either overlooked or decided not to take advantage of the chance to take into account a surplus in the ongoing plan in determining its contributions. This seems to me unlikely since elsewhere in the amended provisions specific reference is made to a potential surplus on termination. There is as well the Revenue Canada circular which requires employers to take contribution holidays when the actuarial surplus exceeds certain levels. It is more likely that in 1983 the company simply assumed that the wording of Section 4.03 permitted the consideration of an actuarial surplus in the calculation of the current service cost.

The Air Products Plan, like those considered in *Askin* and *Maurer*, *supra*, is not one which specifically mandates regular contribution on a specified basis which would leave an actuary no discretion to employ the standard actuarial practice of considering existing surplus. The wording of the plan itself implicitly authorizes an actuary to consider an actuarial surplus when calculating the company's annual funding obligation.

As a result, I am of the opinion that the plan did allow the company to take contribution holidays. The appeal should be allowed in respect of the order made by the courts below requiring Air Products to pay \$1,465,400 (which represents the actuarial surplus applied to the current service costs in the years when the company made no contributions) into the plan.

tion grammaticale normale de l'art. 4.03. Ce point de vue est étayé par l'absence d'une virgule entre les phrases «pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours» et «pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel». En outre, souscrire à l'interprétation proposée par les employés reviendrait à accepter que la compagnie a soit ignoré la possibilité de tenir compte du surplus dans le régime existant pour calculer ses cotisations, soit décidé de ne pas en profiter. Cela me semble invraisemblable puisque, ailleurs dans les dispositions modifiées, on mentionne explicitement la possibilité d'un surplus lors de la cessation. Il y a aussi la circulaire de Revenu Canada qui oblige les employeurs à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations lorsque le surplus actuariel excède certains niveaux. Il est plus probable qu'en 1983 la compagnie a simplement présumé que le texte de l'art. 4.03 lui permettait de tenir compte d'un surplus actuariel pour calculer le coût des services courants.

Le régime d'Air Products, à l'instar de ceux examinés dans les affaires *Askin* et *Maurer*, précitées, ne prescrit pas explicitement une cotisation régulière selon une assiette précise, qui ne laisserait à l'actuaire aucun pouvoir discrétionnaire de recourir à la pratique actuarielle normale qui consiste à tenir compte d'un surplus existant. Le texte du régime lui-même autorise implicitement l'actuaire à tenir compte d'un surplus actuariel pour calculer la cotisation annuelle obligatoire de la compagnie.

En conséquence, je suis d'avis que le régime autorisait effectivement la compagnie à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations. Le pourvoi devrait être accueilli à l'égard de l'ordonnance des tribunaux d'instance inférieure enjoignant à Air Products de verser dans le régime la somme de 1 465 400 \$ (qui représente le surplus actuariel affecté aux coûts des services courants pendant les années où la compagnie n'a versé aucune cotisation).

2. The Stearns Plan

The Stearns employees also claim entitlement to the surplus remaining in the pension fund. They argue that the original Stearns fund was subject to a trust in their favour. Even if no trust existed, the employees say that the company is obligated by the provisions of a 1972 employee pension brochure and by the existence of a fiduciary duty to exercise its discretion to distribute the surplus in favour of the employees.

The 1970 Stearns plan differs in two significant ways from the original Catalytic plan. Firstly the Stearns plan makes no reference to the existence of a trust; secondly, it specifically contemplates the reversion of surplus assets to the company in these words:

ARTICLE XIV

Amendment or Termination of the Plan

14.1 ...

c) ...

Notwithstanding any surplus remaining after all benefits referred to in this Sub-section 14.1 (c) have been provided, such surplus may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions at the time, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, beneficiaries or estates in such equitable manner as the Company may in its discretion determine.

This provision remained in the 1977 version of the Stearns plan and was then replaced in 1983 by Section 18.05 of the Air Products plan which, as observed earlier, provided for the automatic reversion of surplus to the company. The employees seek to establish the existence of a trust in order to make the further argument that the 1983 amendment to the plan was invalid as an unauthorized partial revocation of the trust.

2. Le régime de Stearns

Les employés de Stearns prétendent également avoir droit au surplus accumulé dans la caisse de retraite. Ils soutiennent que la caisse initiale de Stearns était assujettie à une fiducie en leur faveur. Même en l'absence d'une fiducie, affirment-ils, la compagnie est tenue de distribuer le surplus aux employés en vertu des dispositions de la brochure de 1972 concernant le régime de retraite des employés et de son obligation fiduciaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

Le régime de 1970 de Stearns diffère sur deux points importants du régime initial de Catalytic. Premièrement, le régime de Stearns ne mentionne pas l'existence d'une fiducie et, deuxièmement, il envisage explicitement le retour de l'actif excédentaire à la compagnie dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

ARTICLE XIV

Modification et cessation du régime

14.1 ...

c) ...

Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite de l'époque, le surplus qui reste après que toutes les prestations visées au présent alinéa 14.1 c) sont versées peut être remis à la compagnie ou être utilisé au profit des participants, anciens participants, leurs ayants droit ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer.

Cette disposition a été maintenue dans la version de 1977 du régime de Stearns pour ensuite être remplacée en 1983 par l'art. 18.05 du régime d'Air Products qui, comme je l'ai déjà fait remarquer, prévoyait le retour automatique de tout surplus à la compagnie. Les employés cherchent à établir l'existence d'une fiducie pour faire valoir également que la modification apportée au régime en 1983 était invalide parce qu'elle constituait une révocation partielle non autorisée de la fiducie.

(a) *Was the Stearns Fund Impressed with a Trust?*

Neither the 1970 nor the 1977 Stearns plans make any reference to a trust nor provide for the creation of a trust agreement. The plan was funded by means of a Group Annuity Policy entered into between the company and the Mutual Life Assurance Group. The employees contend that the terms of the pension plan clearly implied a trust onto this fund. In particular, the employees rely upon the following provisions of the plan:

13.2 No part of the Fund shall be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of Participants and their beneficiaries. . . .

14.1 . . .

b) No amendment shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants . . .

This plan, together with the 1972 Brochure and the 1977 Stearns plan, are said to constitute the trust documents.

It is true that the alleged subject matter of the trust, the pension fund, was defined under the two Stearns plans, and that the employees were identified as those entitled to receive the fund monies. Furthermore, the exclusive benefit and non-diversion clauses relied upon by the employees above are consistent with the existence of a trust. Nonetheless, I am not convinced that a trust was ever created. Certain phrases, such as the exclusive benefit and non-diversion clauses identified above, are commonly found in plans which do create pension trusts. They may point to the existence of a trust but of themselves they cannot be taken as demonstrating an intention by the employer to create a trust.

The company identifies several other clauses which it claims are equally consistent with the non-existence of trust, and clearly identify the plan as a contract to receive defined benefits. These individual clauses are of little assistance in deter-

a) *La caisse de Stearns était-elle assujettie à une fiducie?*

Ni le régime de 1970 de Stearns ni celui de 1977 ne parlent d'une fiducie ou ne prévoient la création d'une fiducie. Le régime était financé à l'aide d'un contrat de rente collective que la compagnie avait conclu avec la Mutuelle. Les employés soutiennent que les modalités du régime de retraite impliquent clairement que cette caisse est assujettie à une fiducie. En particulier, les employés invoquent les dispositions suivantes du régime:

[TRADUCTION]

13.2 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants et de leurs ayants droit. . . .

14.1 . . .

b) Aucune modification ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants . . .

On dit de ce régime, de la brochure de 1972 et du régime de 1977 de Stearns, qu'ils constituent les documents de fiducie.

Il est vrai que le bien en fiducie allégué, soit la caisse de retraite, a été précisé dans les deux régimes de Stearns et que les employés étaient décrits comme ceux qui avaient droit à l'argent de la caisse. En outre, les dispositions relatives au bénéfice exclusif et à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins, invoquées par les employés ci-dessus, sont compatibles avec l'existence d'une fiducie. Je ne suis toutefois pas convaincu qu'une fiducie n'ait jamais été créée. Certaines dispositions, comme celles décrites plus haut relativement au bénéfice exclusif et à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins, sont courantes dans les régimes qui créent des fiducies de régime de retraite. Elles peuvent indiquer l'existence d'une fiducie, mais elles ne peuvent être considérées comme démontrant en soi l'intention de l'employeur de créer une fiducie.

La compagnie énumère plusieurs autres dispositions qui, soutient-elle, sont également compatibles avec l'inexistence d'une fiducie et décrivent nettement le régime comme un contrat de réception de prestations déterminées. Ces dispositions indivi-

mining whether a trust came into existence. Rather, all of the documents relied upon by the employees must be construed in their entirety in order to see whether an intention to create a trust can be imputed to the company. I do not see any such intention apparent on the face of these documents.

Unlike the Catalytic plan, the Stearns plan makes no mention of any trust, trust fund or trustee. The Stearns fund was not created pursuant to a trust agreement but pursuant to a contract. This is so even though by 1970 the use of the trust in the creation of private employer pension plans had become a well-established practice. The absence of any reference to a trust in these circumstances indicates that there was a deliberate decision to avoid the use of a trust. Any argument that the employer merely "omitted" to state explicitly its intention to create a trust is difficult to accept.

At the time of the 1970 plan, the employer tax benefits to be gained from the creation of a "trusted" pension fund were equally available to employers who preferred to purchase a group insurance policy.

Finally, the employees contend that three documents — the 1970 and the 1977 plans and the 1972 employee brochure — made up the trust deed. On this approach, it would seem that the employer's intention to create a trust was not perfected until seven years after the creation of the fund. There was no significant change in circumstances between 1970 and 1977 which warrants a finding that a trust which did not exist at the inception of the plan suddenly came into existence in 1977.

I do not think that the Stearns pension fund was ever subject to a trust.

(b) *The Pension Brochure*

The Stearns employees relied upon the effect of a pension brochure which was distributed to

duelles ne sont guère utiles pour déterminer si une fiducie a pris naissance. Il faut plutôt interpréter intégralement les documents invoqués par les employés afin de voir si l'intention de créer une fiducie peut être attribuée à la compagnie. Je ne vois aucune intention de la sorte à la lecture de ces documents.

Contrairement au régime de Catalytic, celui de Stearns ne mentionne aucune fiducie, aucun fonds en fiducie ni aucun fiduciaire. La caisse de Stearns a été créée non pas conformément à un acte de fiducie, mais conformément à un contrat. Il en est ainsi même si, en 1970, l'utilisation de la fiducie pour créer des régimes privés de retraite pour employeurs était devenue une pratique bien établie. L'absence de toute mention d'une fiducie dans les présentes circonstances indique qu'on avait pris délibérément la décision de ne pas recourir à une fiducie. Tout argument voulant que l'employeur ait simplement «omis» d'exprimer explicitement son intention de créer une fiducie est difficilement acceptable.

À l'époque du régime de 1970, les avantages fiscaux que les employeurs pouvaient tirer de la création d'une caisse de retraite en fiducie étaient également offerts aux employeurs qui préféraient souscrire une police d'assurance collective.

Enfin, les employés soutiennent que les trois documents, savoir les régimes de 1970 et de 1977 et la brochure de 1972 destinée aux employés, constituaient l'acte de fiducie. Sur ce point, il semblerait que l'employeur n'a véritablement eu l'intention de créer une fiducie que sept ans après la création de la caisse. Entre 1970 et 1977, il n'y a eu aucun changement majeur de circonstances qui permettrait de conclure qu'une fiducie qui n'existait pas lors de la création du régime a soudainement pris naissance en 1977.

Je suis d'avis que la caisse de retraite de Stearns n'a jamais été assujettie à une fiducie.

(b) *La brochure concernant le régime de retraite*

Les employés de Stearns ont invoqué l'effet d'une brochure concernant le régime de retraite qui

employees in 1972. They urged us to accept that clauses contained in that document must be taken to have fixed the employer with an equitable obligation to distribute any surplus remaining on termination to the employees.

The brochure is entitled "Stearns-Roger Canada Ltd. — Employee Benefits". In his supplementary affidavit, Gunter Schmidt stated that he received the brochure, which is dated June 1, 1972, when he joined the company in 1973. It consists of eight pages of text in which the operation of the pension plan is explained in some detail. The brochure contains the following relevant provisions:

Future of the Plan

It is the intention of the Company that the plan will continue indefinitely but of necessity they reserve the right to amend, modify or terminate the plan at any time. . . . In the event there is a surplus in the fund after all benefits have been paid it is the Company's intention that the surplus will be distributed in an equitable manner to the employees active in the plan at the date of termination.

General

This outline has been prepared to acquaint you with the provisions of your plan. Please read it carefully.

The precise terms of the plan are contained in the official plan text and Insurance company contract which may be read by any employee on request at the Calgary Office of the Company.

The company reserves the right to revise or discontinue any of the benefit plans at any time.

The above are transcripts from the various insurance policies and contracts. If more detailed information is desired our insurance group will be pleased to answer questions.

The employees assert that this brochure formed a binding part of the pension plan documents and that the statement contained in it to the effect that

a été distribuée aux employés en 1972. Ils nous pressent de considérer que les dispositions contenues dans ce document ont imposé à l'employeur une obligation d'*equity* de distribuer aux employés tout surplus accumulé à la cessation du régime.

La brochure est intitulée [TRADUCTION] «Stearns-Roger Canada Ltd. — Prestations des employés». Dans son affidavit supplémentaire, Gunter Schmidt a affirmé avoir reçu la brochure datée du 1^{er} juin 1972 au moment où il a joint les rangs de la compagnie en 1973. Dans ce document de huit pages, on explique de façon assez détaillée le fonctionnement du régime de retraite. La brochure contient les dispositions pertinentes suivantes:

[TRADUCTION] Avenir du régime

d La compagnie souhaite que le régime subsiste indéfiniment, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime à tout moment. [. . .] Si la caisse accuse un surplus une fois versées toutes les prestations, la compagnie souhaite que ce surplus soit distribué équitablement aux employés qui cotisent au régime à la date de la cessation.

Généralités

f Le présent exposé vise à vous familiariser avec les dispositions de votre régime. Lisez-le donc soigneusement.

g Les modalités précises du régime sont énoncées dans le texte officiel du régime et dans le contrat de la compagnie d'assurance qui peut être consulté par tout employé qui en fait la demande auprès du bureau de la compagnie à Calgary.

h La compagnie se réserve le droit de revoir ou d'interrompre tout régime de prestations à tout moment.

i Ce qui précède représente les transcriptions de différents contrats et polices d'assurance. Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec notre groupe chargé de l'assurance.

j Les employés font valoir que cette brochure formait une partie obligatoire des documents du régime de retraite et que la déclaration qu'on y

the company intends to pay any remaining surplus to the employees estops the company from now claiming the surplus for itself.

Documents not normally considered to have legal effect may nonetheless form part of the legal matrix within which the rights of employers and employees participating in a pension plan must be determined. Whether they do so will depend upon the wording of the documents, the circumstances in which they were produced, and the effect which they had on the parties, particularly the employees.

Foisy J. explained why courts will in specified circumstances bind an employer to the terms of a pension brochure in *Harris v. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319, at p. 327:

If it were otherwise then an employer could provide the employee with a brochure claiming to represent the significant and material terms in the company's pension plan. Yet the "true" plan could vary significantly from this representation without the employee's knowledge. In such a case it cannot be said that the "true" agreement prevails, as to do so would leave the door open to mischief.

In other words it would be unfair or unacceptable if an employer were to attract and retain employees by making representations as to the pension benefits available upon which the employees could be expected to rely and then resile from those representations as being contrary to the actual pension terms.

The 1972 brochure does not purport to have any contractual effect. It does, however, contain a detailed outline of an employee's entitlements under the plan, although it states that it is merely a "transcript" of the various policies and that the benefits can be amended by the company. The brochure is worded in a way that is declarative of the rights of individual employees under the plan. For example, the plan states "The Life Insurance is payable in the event of your death from any cause. . . . If you should become totally and perma-

trouvait, selon laquelle la compagnie avait l'intention de verser aux employés tout surplus accumulé, empêche la compagnie de réclamer aujourd'hui le surplus pour elle-même.

Les documents qui ne sont pas considérés normalement comme ayant un effet juridique peuvent néanmoins faire partie de la structure juridique dans laquelle les droits des employeurs et des employés cotisant à un régime de retraite doivent être déterminés. La question de savoir s'ils en font partie dépend du texte des documents, des circonstances dans lesquelles ils ont été rédigés et de l'incidence qu'ils ont eu sur les parties, particulièrement sur les employés.

Dans *Harris c. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319, à la p. 327, le juge Foisy explique la raison pour laquelle les tribunaux obligeront, dans des circonstances précises, l'employeur à respecter les termes d'une brochure de régime de retraite:

[TRADUCTION] Dans le cas contraire, l'employeur pourrait remettre à l'employé une brochure censée représenter les modalités importantes et pertinentes du régime de retraite de la compagnie. Pourtant, le «véritable» régime pourrait différer sensiblement de cette représentation sans que l'employé le sache. Dans un tel cas, on ne saurait dire que l'entente «véritable» l'emporte puisqu'on ouvrirait ainsi la porte au méfait.

En d'autres termes, il serait injuste ou inacceptable qu'un employeur attire des employés et les retienne en faisant des représentations sur les prestations de retraite dont ils peuvent espérer bénéficier, pour ensuite se rétracter en disant que ces représentations sont contraires aux modalités réelles du régime de retraite.

La brochure de 1972 n'est pas censée avoir un effet contractuel. Elle contient toutefois un exposé détaillé des droits des employés dans le cadre du régime, quoiqu'on y affirme qu'il s'agit d'une simple «transcription» des diverses politiques et que les prestations peuvent être modifiées par la compagnie. La brochure prend la forme d'une déclaration des droits de chaque employé visé par le régime. Par exemple, le régime prévoit ceci: [TRADUCTION] «L'assurance-vie est payable à votre décès quelle qu'en soit la cause. [...] Si vous

nently disabled while insured and prior to age sixty your life insurance will remain in force as long as you remain so disabled but you must furnish proof of disability”

The only notable exception to this didactic style is contained in the clause concerning the future of the plan. The brochure there sets out the “intention” of the company. This is a declaration of intention as to a future act, but it does not in any way indicate that the company is undertaking an obligation to allocate surplus to the employees.

The brochure is potentially misleading. Yet there is no evidence as to the effect that this brochure had on the employees of the company. All that is known is that the brochure was distributed to the employees of the company in June, 1972, and that Mr. Schmidt received a copy in 1973 when he joined the company. There is no indication that Mr. Schmidt was induced to join the company on the basis of the terms of the brochure, or that he even read it. There is no evidence that either the employees or their union relied upon the brochure in such a way as to affect their position during collective bargaining sessions. This may be contrasted to the situation in *Re Collins and Pension Commission of Ontario*, *supra*, where the Ontario Divisional Court found, at p. 277, that a booklet describing the terms of the pension plan, together with the plan itself, led to a belief amongst plan members that the company had no right to claim any part of the fund.

Finally, I have some doubts as to the extent to which a brochure issued in 1972 can influence entitlement to plan surplus in 1988 particularly since it specifically states that the plan will be subject to amendment from time to time. As a brochure describing pension benefits becomes outdated, it becomes increasingly difficult for employees to rely upon it as the source of a supplementary obligation undertaken by the employer.

devenez frappé d'invalidité totale et permanente pendant que vous êtes assuré, mais avant d'avoir atteint soixante ans, votre assurance-vie demeure en vigueur pendant la durée de cette invalidité, mais vous devez fournir une preuve d'invalidité . . . »

La seule exception remarquable à ce style didactique se trouve dans la disposition concernant l'avenir du régime. La brochure y expose l'«intention» de la compagnie. Il s'agit d'une déclaration d'intention quant à un acte futur, qui n'indique nullement que la compagnie s'engage à verser tout surplus aux employés.

La brochure est susceptible d'induire en erreur. Pourtant, il n'y a aucune preuve quant à l'effet que cette brochure a eu sur les employés de la compagnie. On sait seulement que la brochure a été distribuée aux employés de la compagnie en juin 1972 et que M. Schmidt en a reçu un exemplaire en 1973, lorsqu'il s'est joint à la compagnie. Rien n'indique que M. Schmidt a été incité à se joindre à la compagnie par cette brochure, ni qu'il l'ait même lue. Il n'y a aucune preuve que les employés ou leur syndicat se sont fiés à cette brochure au point de modifier leur position au cours des rondes de négociation collective. Cela peut se comparer à la situation dans l'affaire *Re Collins and Pension Commission of Ontario*, précitée, où la Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu, à la p. 277, qu'une brochure décrivant les modalités du régime de retraite, jointe au régime lui-même, a amené les cotisants à croire que la compagnie n'avait pas le droit de réclamer quelque partie que ce soit de la caisse.

Enfin, j'ai des doutes quant à la mesure dans laquelle une brochure publiée en 1972 peut influencer sur le droit à un surplus de régime en 1988, étant donné particulièrement qu'elle précise que le régime fera, à l'occasion, l'objet de modifications. Au fur et à mesure qu'une brochure décrivant les prestations de retraite devient désuète, il devient de plus en plus difficile pour les employés de l'invoquer comme source d'une obligation supplémentaire de la part de l'employeur.

I agree with the Court of Appeal that the brochure provisions concerning the treatment of surplus did not, on the evidence adduced in this case, amount to a promise intended to affect the legal relationship between the parties. It cannot form the basis for an estoppel as there is no evidence of inducement or reliance upon it by the employees.

(c) *Interpretation of the Plan Provisions*

Since no trust was ever created under the Stearns plan and the 1972 brochure did not have any legal effect, the issue of entitlement to the plan surplus must be decided on the basis of an interpretation of the plan's provisions.

The position of the employees is that Section 18.05 of the Air Products Plan was an invalid amendment. Therefore, they argue that Article 14.1(c) of the 1970 plan (Article 14.3 of the 1977 plan) still applies, that that section gives the company a discretion as to whether distribute surplus to employees or to itself, and that the employer owes a fiduciary duty to the employees which compels it to exercise that distribution discretion in favour of the employees.

Moore C.J. did not explicitly deal with the validity of the 1983 amendment. He decided that, even under the 1977 version of the plan, the employer was entitled to take the surplus. The issue of fiduciary duty was not raised before him.

It may be helpful to begin by examining the 1983 amendment. Whether or not the surplus reversion clause contained in Section 18.05 of the Air Products plan is valid must be determined by reference to the amendment clause contained in both the 1970 and the 1977 plans:

14.1 The Company retains the right to amend or modify or terminate the Plan in whole or in part, at any time and from time to time, and in such manner

Je conviens avec la Cour d'appel que les dispositions de la brochure concernant le traitement du surplus n'équivalaient pas, compte tenu de la preuve produite en l'espèce, à une promesse destinée à modifier la relation juridique entre les parties. Elle ne saurait justifier une fin de non-recevoir puisqu'il n'y a aucune preuve que les employés ont été incités à s'y fier ou qu'ils s'y sont fiés.

(c) *Interprétation des dispositions du régime*

Étant donné qu'aucune fiducie n'a été créée dans le cadre du régime de Stearns et que la brochure de 1972 n'a eu aucun effet juridique, la réponse à la question de savoir qui a droit au surplus du régime passe par l'interprétation des dispositions de ce régime.

Les employés soutiennent que l'art. 18.05 du régime d'Air Products était une modification invalide. Ils font donc valoir que l'al. 14.1(c) du régime de 1970 (l'art. 14.3 du régime de 1977) s'applique toujours, qu'il confère à la compagnie le pouvoir discrétionnaire de distribuer les surplus aux employés ou de se les approprier, et que l'employeur a envers les employés une obligation fiduciaire qui le force à exercer ce pouvoir discrétionnaire en faveur des employés.

Le juge en chef Moore n'a pas explicitement examiné la validité de la modification de 1983. Il a décidé que, même aux termes de la version de 1977 du régime, l'employeur avait le droit de s'approprier le surplus. La question de l'obligation fiduciaire n'a pas été soulevée devant lui.

Il peut être utile de commencer par examiner la modification de 1983. La question de savoir si la disposition relative au retour du surplus contenue à l'art. 18.05 du régime d'Air Products est valide doit être tranchée par renvoi à la disposition modificatrice contenue dans les régimes de 1970 et de 1977:

[TRADUCTION]

14.1 La compagnie se réserve le droit de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie à sa discrétion, de la manière et dans la mesure

and to such extent as it may deem advisable, subject to the following provisions:

- a) No amendment shall have the effect of reducing any Participant's, former Participant's, joint annuitant's, beneficiary's, or estate's then existing interest in the Fund; ^a
- b) No amendment shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants, former Participants, joint annuitants, beneficiaries, or estates; ^b

In my opinion, the 1983 amendment of the pension plan was within the limits of this power of amendment. The amendment does not violate Article 14.1(a) because at the time it was enacted it did not reduce any "then existing" interest of the employees. Under the prior plans, the employees had no interest in the surplus remaining upon termination until such time as the company exercised its discretion to give them an interest. The removal of a mere potential interest in the funds was within the company's amending power. ^c

Nor do I think that the amendment violated the limitation on the amending power contained in Article 14.1(b). I agree with Moore C.J. that this restriction on amendment was in the nature of a general protection of the benefits and rights of the plan participants and that it must be read in the light of other provisions dealing with specific rights including the treatment of surplus. He considered that two particular provisions in the 1977 plan overrode any conflict with the more general terms of the amendment power. I agree. This was also true of the corresponding provisions in the 1970 plan. The relevant 1970 clauses are that part of s. 14.1(c) which gives the employer a discretion as to the allocation of surplus, and: ^f

13.2 No part of the Fund shall be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of Participants and their beneficiaries. No Participant, retired Participant, survivor or beneficiary under ^j

qu'elle estime souhaitables, sous réserve de ce qui suit:

- a) Aucune modification ne doit avoir pour effet de réduire le droit alors existant que tout participant, ancien participant, rentier conjoint, ayant droit ou succession possède sur la caisse;
- b) Aucune modification ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession;

À mon avis, la modification apportée en 1983 au régime de retraite était conforme à ce pouvoir de modification. Elle ne viole pas l'al. 14.1a) car, à l'époque où elle a été adoptée, elle n'a réduit aucun droit «alors existant» des employés. Selon les régimes antérieurs, les employés n'avaient aucun droit au surplus accumulé à la cessation du régime tant et aussi longtemps que la compagnie n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire de leur en conférer un. Le retrait d'un simple droit éventuel sur les sommes était conforme au pouvoir de modification de la compagnie. ^d

Je ne crois pas non plus que la modification a violé la restriction imposée au pouvoir de modifier énoncé à l'al. 14.1b). Je suis d'accord avec le juge en chef Moore pour dire que cette restriction imposée au pouvoir de modification tenait d'une protection générale des prestations et des droits des participants au régime et qu'elle doit être interprétée à la lumière des autres dispositions qui portent sur des droits précis, dont le traitement du surplus. Il a considéré que deux dispositions particulières du régime de 1977 écartaient tout conflit avec les termes plus généraux du pouvoir de modifier. Je suis d'accord. Il en était de même des dispositions correspondantes du régime de 1970. Les dispositions pertinentes du régime de 1970 sont cette partie de l'al. 14.1c) qui confère à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition du surplus, et: ^g

[TRADUCTION]

13.2 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants et de leurs ayants droit. Aucun participant, participant retraité, survivant ou ayant droit ⁱ

the Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the earnings of the Fund, or any rights in or to or under such Fund or any part of the assets thereof, except and to the extent expressly provided in this Plan.

The amending power contained in Article 14.1(b) must therefore be read in light of the fact that the employee rights under the plan are limited by s. 13.2 (and indeed throughout the plan) to the benefits defined in the plan, as well as by the stipulation that the company has the right to distribute surplus as it chooses. The 1970 plan does not deal with the issue of whether the reversion of surplus to the company is inconsistent with the non-diversion and exclusive benefit clauses contained in Article 13.2. I do not think it is. The prohibition on diversion of funds and the exclusive benefit clause applied from the outset only in respect of the defined benefits to which the employees were contractually entitled. They did not apply to the distribution of a plan surplus. The revamped version of Article 13.2, which appeared as Article 13.4 in the 1977 plan, and upon which Moore C.J. based his conclusion, clarified this point but did not change the substance of the original provisions.

13.4 No part of the Fund shall be used for, or diverted to, purposes other than for the exclusive benefit of Participants, their designated Beneficiaries, or estates, except to the extent that surpluses, as certified by the Actuary, may be returned to the Company with the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions. . . . No Participant, retired Participant, survivor, or designated Beneficiary under this Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the Fund except and to the extent expressly provided in this Plan. [Emphasis added.]

Whether measured against the 1970 or the 1977 plan provisions, Section 18.05 of the Air Products Plan was a valid amendment. The company is entitled according to its terms to any surplus remaining in the pension fund which can be traced to the

aux termes du régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie des revenus de la caisse, ou sur cette caisse ou une partie de son actif, sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime.

Le pouvoir de modification prévu à l'al. 14.1b) doit donc être interprété en fonction du fait que les droits des employés découlant du régime sont limités par l'art. 13.2 (et, en fait, dans tout le régime) aux prestations déterminées dans le régime, de même que par la disposition voulant que la compagnie ait le droit de répartir tout surplus à sa discrétion. Le régime de 1970 ne traite pas la question de savoir si le retour du surplus à la compagnie est incompatible avec les dispositions de l'art. 13.2 relatives à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins et au bénéfice exclusif. Je ne crois pas qu'elle le soit. L'interdiction d'utiliser les fonds à d'autres fins et la disposition relative au bénéfice exclusif se sont appliquées dès le début uniquement à l'égard des prestations déterminées auxquelles les employés avaient droit en vertu d'un contrat. Elles ne s'appliquaient pas à la répartition d'un surplus de régime. La nouvelle version de l'art. 13.2, qui figurait à l'art. 13.4 du régime de 1977 et sur laquelle le juge en chef Moore a fondé sa conclusion, clarifiait ce point, sans toutefois changer le fond des dispositions initiales.

[TRANSLATION]

13.4 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée, ou affectée à, d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, de leurs ayants droit désignés ou de leur succession, sauf dans la mesure où le surplus, comme le certifie l'actuaire, peut être remis à la compagnie avec l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite [...] Aucun participant, participant retraité, survivant, ou ayant droit désigné aux termes de ce régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie de la caisse sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime. [Je souligne.]

Qu'il soit comparé aux dispositions du régime de 1970 ou à celles du régime de 1977, l'art. 18.05 du régime d'Air Products était une modification valide. La compagnie a le droit, en vertu de cet article, à tout surplus accumulé dans la caisse de

former Stearns plans. This is the conclusion which must be reached on an interpretation of the contract. The issue of a fiduciary duty does not arise.

(d) *The Contribution Holiday*

For the reasons given on the appeal, Air Products was entitled to take a contribution holiday. The application of an actuarial surplus to current service funding obligations was permitted under the terms of the Air Products Plan, and did not have the effect of reducing any benefits which had accrued to the employees.

(e) *The Need for Legislation*

The results in these appeals demonstrate the need for legislation. In both appeals the pension fund was created to benefit the employees. During the contribution holiday enjoyed by the employer they continued to pay into the pension fund. They had a real stake in the fund which was created for their benefit and funded in part by their contributions. It seems unfair that there should be a different result for these two groups of employees based only upon a finding that a trust was created in one case but not in the other. In my opinion there should be a legislative scheme set up for determining the proportion of the surplus which should be awarded to the employer and the employees. It could be based at least in part upon their contributions to the creation of the surplus. Principles of equity and fairness should encourage legislators to draft a scheme to provide for the equitable distribution of any surplus in pension plans that are terminated.

VII. Disposition

In the result, I would dispose of these appeals as follows:

The Appeal

1. The former Catalytic Employees are entitled to any surplus remaining in the pension fund which derives from former Cat-

retraite qui peut être attribué aux anciens régimes de Stearns. C'est la conclusion qu'il faut tirer de l'interprétation du contrat. La question d'une obligation fiduciaire ne se pose pas.

d) *La période d'exonération de cotisations*

Pour les motifs exposés quant au pourvoi, Air Products avait le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations. L'utilisation d'un surplus actuariel pour s'acquitter d'obligations en matière de financement des services courants était permise par les termes du régime d'Air Products, et n'avait pas pour effet de réduire les prestations acquises des employés.

e) *La nécessité de légiférer*

Les résultats des présents pourvois démontrent la nécessité de légiférer. Dans les deux pourvois, la caisse de retraite a été créée pour le bénéfice des employés. Au cours de la période d'exonération de cotisations que s'est accordé l'employeur, ils ont continué à cotiser à la caisse de retraite. Ils avaient un réel intérêt dans la caisse créée pour leur bénéfice et financée en partie par leurs cotisations. Il semble injuste d'imposer un résultat différent à ces deux groupes d'employés pour le seul motif qu'il a été conclu qu'une fiducie a été créée dans un cas, et non dans l'autre. À mon avis, on devrait établir un régime législatif permettant de déterminer la proportion du surplus qui devrait être accordée à l'employeur et aux employés. Elle pourrait être fondée à tout le moins en partie sur leur contribution à la création du surplus. Les principes d'équité et de justice devraient encourager le législateur à concevoir un régime qui permette une répartition équitable de tout surplus de caisse de retraite auquel il est mis fin.

VII. Dispositif

En définitive, je suis d'avis de statuer ainsi sur les présents pourvois:

Le pourvoi

1. Les anciens employés de Catalytic ont droit à tout surplus accumulé dans la caisse de retraite, qui provient des anciens

alytic plans. The appeal is dismissed on this ground and the order of the Court of Appeal varied accordingly.

2. Air Products was entitled under the terms of its pension plan to take a contribution holiday. The appeal is allowed on this ground.

The Cross-Appeal

1. Air Products is entitled to all surplus remaining in the pension fund which derives from the former Stearns plan.
2. Air Products was entitled to take a contribution holiday.

The cross-appeal is dismissed on both grounds. In light of the potentially misleading provisions contained in the brochure prepared and circulated by the employer, there should be no costs against the employees.

The costs of all parties on the appeal should be paid out of the Catalytic pension fund on a solicitor and client basis.

Similarly the costs of all parties on the cross-appeal should be paid out of the Stearns pension fund on a solicitor and client basis.

APPENDIX A

The following is an edited version of the Agreed Statement of Facts provided by the parties. The full text of the document is incorporated in the reasons of the Chief Justice of the Alberta Court of Queen's Bench.

I. HISTORY OF CATALYTIC PLANS

A. THE 1959 CATALYTIC PLAN

The 1959 Catalytic Plan was a money purchase plan which contained the following provisions:

régimes de Catalytic. Le pourvoi est rejeté quant à ce moyen et l'ordonnance de la Cour d'appel est modifiée en conséquence.

2. Air Products avait le droit, aux termes de son régime de retraite, de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Le pourvoi est accueilli quant à ce moyen.

Le pourvoi incident

1. Air Products a droit à tout surplus de la caisse de retraite provenant de l'ancien régime de Stearns.
2. Air Products avait le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Le pourvoi incident est rejeté quant aux deux moyens. En raison des dispositions susceptibles d'induire en erreur que contient la brochure préparée et distribuée par l'employeur, les employés ne devraient pas avoir à payer des dépens.

Les dépens de toutes les parties au pourvoi principal devraient être payés, comme entre avocat et client, sur la caisse de retraite de Catalytic.

De même, les dépens de toutes les parties au pourvoi incident devraient être payés, comme entre avocat et client, sur la caisse de retraite de Stearns.

ANNEXE A

Voici une version élaguée de l'exposé conjoint des faits fourni par les parties. Le texte intégral du document est annexé aux motifs du Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

[TRADUCTION]

I. HISTORIQUE DES RÉGIMES DE CATALYTIC

A. LE RÉGIME DE 1959 DE CATALYTIC

Le régime de 1959 de Catalytic était un régime à formule d'achat qui comportait les dispositions suivantes:

SECTION V TRUST FUND

All contributions made by the members and the Company will be paid to the Trustee to be administered subject to the provisions of the Act governing the investment of Pension funds, and in accordance with the terms of the Trust Agreement which forms part of this plan and of which this plan is Exhibit "A".

All benefits on the death or break of service of a Member shall be payable from the Trust Fund. All benefits on the retirement of a Member shall be payable as set forth in Section XV.

Expenses of the Trust Fund shall be paid out of the Fund unless paid by the Company.

SECTION VIII MEMBERS' ACCOUNTS

The Pension Committee shall keep for each Member of the Plan two accounts as follows:

1. Member's Account

Here will be kept a cumulative record of any contributions made by the Member and the interest income and capital gains and losses realized and unrealized allocated thereon in accordance with Section X.

2. The Company Account

Here will be kept a cumulative record of the amounts allocated to the Member as follows:

- (a) the Company's contribution allocated in accordance with Section IX.
- (b) The interest income and capital gains and losses realized and unrealized allocated in accordance with Section X.
- (c) The forfeitures allocated in accordance with Section XI.

SECTION XXII FUTURE OF THE PLAN

1. The Company hopes and expects to continue the Plan and the payment of contributions hereunder indefinitely but such continuance is not assumed as a contractual obligation. The Company expressly reserves the right, by action of its Board, to amend or terminate the Plan in whole or in part, if in the opinion of the Company future conditions warrant such action.

2. No amendment to the Plan shall operate to reduce the benefits which have occurred (*sic*) to the Members of the Plan prior to the date of amendment.

ARTICLE V CAISSE EN FIDUCIE

Toutes les cotisations versées par les participants et par la compagnie seront remises à un fiduciaire qui les gèrera compte tenu des dispositions de la Loi qui régit le placement des caisses de retraite et conformément à l'acte de fiducie qui fait partie du présent régime et dont ce dernier constitue la pièce «A».

Au décès ou à la cessation d'emploi d'un participant, toutes les prestations seront payables sur le fonds en fiducie. À la retraite d'un participant, toutes les prestations seront payables conformément à l'article XV.

Les frais relatifs à la caisse en fiducie seront payés sur la caisse, sauf s'ils le sont par la compagnie.

ARTICLE VIII LES COMPTES DES PARTICIPANTS

Le comité de retraite tient, à l'égard de chaque participant, deux comptes:

1. Compte du participant

Il s'agit du relevé cumulatif des cotisations versées par le participant et des revenus d'intérêt, gains et pertes en capital réalisés et non réalisés, qui leur sont attribués conformément à l'article X.

2. Compte de la compagnie

Il s'agit du relevé cumulatif des montants attribués au participant comme suit:

- a) la cotisation versée par la compagnie conformément à l'article IX;
- b) les revenus d'intérêt, gains et pertes en capital réalisés et non réalisés, attribués conformément à l'article X;
- c) les cotisations abandonnées qui sont réparties conformément à l'article XI.

ARTICLE XXII AVENIR DU RÉGIME

1. La compagnie souhaite et compte maintenir indéfiniment le régime et le paiement des cotisations ci-dessous, ce maintien ne constituant toutefois pas une obligation contractuelle. La compagnie se réserve expressément le droit, par l'entremise de son conseil, de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient.

2. Aucune modification du régime n'a pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées avant la date de la modification.

3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. No other employees will become eligible to become Members and no further contributions will be made by the Company.

3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom. Aucun autre employé ne pourra devenir participant et aucune autre cotisation ne sera versée par la compagnie.

B. TRUST AGREEMENT

As contemplated by the 1959 Catalytic Plan, Catalytic entered into an agreement dated September 8, 1959 (the "Trust Agreement") with Canada Trust Company whereby Canada Trust, as trustee, was to hold, invest and administer the fund. The Trust Agreement provided:

ARTICLE I

ESTABLISHMENT OF TRUST

1. This Agreement is hereby made a part of the PLAN.
2. The Company may pay or cause to be paid from time to time to the Trustee upon the trusts of this Agreement money or property acceptable to the Trustee for the purpose of the PLAN, all of which together with the earnings, profit and increments thereon and property from time to time substituted therefore shall constitute the FUND hereby created and established.
3. The Trustee hereby accepts the trusts herein set out and agrees to hold, invest, distribute and administer the FUND in accordance with the provisions of this Agreement.

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee shall be made without its consent, and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time

B. ACTE DE FIDUCIE

Tel que prévu par le régime de 1959 de Catalytic, Catalytic a, le 8 septembre 1959, conclu avec la Société Canada Trust une entente (l'«acte de fiducie») en vertu de laquelle cette dernière devait, à titre de fiduciaire, détenir, investir et gérer la caisse. L'acte de fiducie prévoyait:

ARTICLE I

CONSTITUTION D'UNE FIDUCIE

1. Le présent acte fait partie du RÉGIME.
2. La compagnie peut, à l'occasion, verser ou faire verser au fiduciaire, à valoir sur les fiducies créées par le présent acte, des sommes d'argent ou des biens que le fiduciaire juge acceptables pour les fins du RÉGIME et qui, avec les gains, les profits, les accroissements et les biens y substitués à l'occasion, constituent la CAISSE créée et établie par les présentes.
3. Le fiduciaire accepte, par les présentes, les fiducies ici créées et convient de détenir, d'investir, de distribuer et de gérer la CAISSE conformément aux dispositions du présent acte.

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition qu'aucune modification de ce genre qui influe sur les droits, les obligations, la rétribution ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effectuée sans son consentement, et à condition que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformé-

to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof.

2. This Agreement may be terminated at any time by the Company upon at least sixty (60) days' prior written notice to the Trustee, and with its termination, or upon the dissolution or liquidation of the Company, the FUND shall be paid out by the Trustee as directed by the Company.

C. THE 1966 CATALYTIC PLAN

The 1966 Catalytic Plan changed the benefit formula from a money purchase formula to a defined benefit formula. . . . [E]ffective October 1, 1966 the plan provided that:

. . . the Company shall not less frequently than annually make such contributions as are necessary to provide the benefits accruing to Members during the current year and to amortize any initial unfunded liability or experience deficiency in accordance with the provisions of The Pension Benefits Act of Ontario. (Section VI)

The provisions regarding the future of the plan remained unchanged from Section XXII of the 1959 Catalytic Plan.

The money purchase portion of the Catalytic 1959 and 1966 Plans was segregated and is administered separately from the funds generated in the defined benefit plans. No surplus was or could be generated from the money purchase portion of the 1959 and 1966 Catalytic Plans.

D. THE 1978 CATALYTIC PLAN

This plan was a defined benefit plan. . . . [It] provided . . . :

. . . .

SECTION 2 — DEFINITIONS

2.12 "Funding Agency" means the trustees, trust company or insurance company that the Company may appoint to hold and invest the Pension Fund or the Pooled Pension Trust Fund or such successor trustees, trust company or insurance company as the Company may appoint from time to time to hold

ment à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes.

2. La Compagnie peut à tout moment mettre fin au présent acte sur préavis écrit de soixante (60) jours au fiduciaire, et, à sa cessation, ou encore à la dissolution ou à la liquidation de la compagnie, la CAISSE est distribuée par le fiduciaire suivant les directives de la compagnie.

C. LE RÉGIME DE 1966 DE CATALYTIC

Le régime de 1966 de Catalytic a converti la formule d'achat en une formule à prestations déterminées. . . . [À] compter du 1^{er} octobre 1966, le régime prévoyait que:

. . . la Compagnie cotise, au moins une fois par année, la somme nécessaire pour verser les prestations de retraite qui sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel conformément aux dispositions de la Pension Benefits Act of l'Ontario. (article VI)

Les dispositions relatives à l'avenir du régime contenues à l'article XXII du régime de 1959 de Catalytic sont demeurrées inchangées.

La partie des régimes de 1959 et de 1966 de Catalytic qui prévoyait la formule d'achat a été isolée et gérée séparément des sommes générées par les régimes à prestations déterminées. Aucun surplus ne résultait ou ne pouvait résulter de la partie des régimes de 1959 et de 1966 de Catalytic qui prévoyait la formule d'achat.

D. LE RÉGIME DE 1978 DE CATALYTIC

Il s'agissait d'un régime à prestations déterminées. . . . [Il] prévoyait . . . :

. . . .

ARTICLE 2 — DÉFINITIONS

2.12 «Gestionnaire». Les fiduciaires, compagnies de fiducie ou compagnies d'assurances, ou leurs successeurs, que la compagnie peut désigner pour

and invest the Pension Fund or the Pooled Pension Trust Fund.

2.13 “Funding Agreement” means the agreement entered into between the Company and the Funding Agency establishing and maintaining the Pension Fund. ^a

2.18 “Pension Fund” means the fund established pursuant to the Funding Agreement to which contributions are made by the Members and Company and from which retirement and other benefits under the Plan are to be provided. ^b

détenir et investir la caisse de retraite ou la caisse de retraite commune en fiducie.

2.13 «Accord de financement». L’entente conclue entre la compagnie et le gestionnaire, qui établit et maintient la caisse de retraite.

2.18 «Caisse de retraite». La caisse établie conformément à l’accord de financement, dans laquelle des cotisations sont versées par les participants et par la compagnie, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

SECTION 4 — CONTRIBUTIONS

4.03 The Company shall contribute from time to time, but not less frequently than annually, such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with the requirements of the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors. ^c

ARTICLE 4 — COTISATIONS

4.03 La compagnie cotise à l’occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l’actuaire, après avoir tenu compte de l’actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l’année en cours et pour pourvoir à l’amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l’égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Pension Benefits Act. ^d

. . .

. . .

SECTION 17 — AMENDMENT TO OR TERMINATION OF THE PLAN

17.01 Continuation of Plan

The Company expects and intends to maintain this Plan in force indefinitely but necessarily reserves the right to amend or discontinue the Plan either in whole or in part, if, in the opinion of the Company, future conditions warrant such action, subject always to the requirements of the Department of National Revenue and the provisions of the Pension Benefits Act. ^e

ARTICLE 17 — MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

17.01 Maintien du régime

La compagnie compte maintenir en vigueur indéfiniment le présent régime, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient, sous réserve toujours des exigences du ministère du Revenu national et des dispositions de la Pension Benefits Act. ^f

17.02 Amendment of Plan

No amendment to the Plan shall operate to reduce the pension benefits which have accrued to Members thereunder prior to the date of such amendment. ^g

17.02 Modification du régime

Aucune modification du régime ne doit avoir pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées en vertu de celui-ci, avant la date de la modification. ^h

17.03 Discontinuance of Plan

Should the Plan be wholly terminated, the Company shall not be obligated to make any further contributions to the Plan and the assets held under the Pension ⁱ

17.03 Cessation du régime

S’il est mis fin en totalité au régime, la compagnie n’est tenue de verser aucune cotisation supplémentaire au régime, et l’actif de la caisse de retraite est ^j

Fund shall be allocated for the provisions of the accrued benefits to which the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants are entitled in such equitable manner as may be determined by the Company in consultation with the Actuary until all liabilities under the Plan have been met. Such benefits may be provided through the purchase of annuity contracts from insurance companies licensed to transact business in Canada, in the form elected by the Members, or through the continuation of the Funding Agreement for this purpose. If the assets of the Pension Fund are not sufficient to provide the aforementioned accrued benefits, the Pension Fund shall be allocated in a manner approved under the Pension Benefits Act.

a affecté au versement des prestations accumulées auxquelles les participants, leurs ayants droit et leur rentier conjoint ont droit, d'une manière juste que peut déterminer la compagnie de concert avec l'actuaire, jusqu'à ce que toutes les obligations créées par le régime soient remplies. Ces prestations peuvent être versées au moyen de l'achat de contrats de rente auprès de compagnies d'assurances autorisées à faire des affaires au Canada, selon la forme choisie par les participants, ou par le maintien de l'accord de financement à cette fin. Si l'actif du régime de retraite n'est pas suffisant pour verser lesdites prestations accumulées, la caisse de retraite est répartie conformément à la Pension Benefits Act.

17.05 Distribution of Benefits

If, after full provision has been made for the accrued benefits payable to the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants, there should remain any excess assets in the Pension Fund, such excess shall be used as the Company or liquidator or trustee in bankruptcy, if appropriate, may direct. Any distribution of the Pension Fund resulting from termination of the Plan shall be in accordance with the applicable provisions of the Pension Benefits Act and the Income Tax Act, and with the rules and regulations of the Department of National Revenue with respect to registered pension plans.

17.05 Distribution des prestations

Si, après le versement de toutes les prestations accumulées aux participants, à leurs ayants droit et à leur rentier conjoint, la caisse de retraite accuse un surplus, celui-ci est utilisé comme la compagnie, le liquidateur ou le syndic de faillite, s'il y a lieu, le prescrit. Toute distribution de la caisse de retraite qui résulte de la cessation du régime doit être conforme aux dispositions applicables de la Pension Benefits Act et de la Loi de l'impôt sur le revenu, et aux règles et règlements du ministère du Revenu national relatifs aux régimes de retraite enregistrés.

II. A HISTORY OF THE STERNS PLANS

A. THE 1962 STEARNS PLAN

On January 1, 1962, Stearns obtained a Group Annuity Policy (GA577) from the Mutual Life Assurance Company for the purpose of providing retirement benefits to its employees. No surplus was or could have been derived pursuant to this plan.

B. THE 1970 STEARNS PLAN

Stearns established a pension plan effective January 1, 1970 for the retirement of and payment of pensions to its employees.

II. HISTORIQUE DES RÉGIMES DE STEARNS

§ A. LE RÉGIME DE 1962 DE STEARNS

Le 1^{er} janvier 1962, Stearns a conclu un contrat de rente collective (GA577) avec la Mutuelle, Compagnie d'assurance sur la vie, afin d'offrir des prestations de retraite à ses employés. Ce régime ne pouvait donner lieu à aucun surplus.

j B. LE RÉGIME DE 1970 DE STEARNS

Stearns a créé un régime de retraite entrant en vigueur le 1^{er} janvier 1970, pour la retraite de ses employés et le paiement à ces derniers de prestations de retraite.

As required by Article 13.1 of this plan, the Company entered into a Group Annuity Policy (GA1328) with the Mutual Life Assurance Company and a fund was established by transfer of the assets from the 1962 Stearns Plan and by contributions from the employees and the Company.

The 1970 Stearns Plan provided that:

ARTICLE I

DEFINITIONS

Fund shall mean the Fund to be established under the Deposit Administration Policy issued by the Insurer by transfer of assets from the Prior Plan and by contributions by the Participants and the Company from which the benefits of the Plan are to be provided.

ARTICLE II

ESTABLISHMENT OF THE PLAN

2.2 Prior to the Effective Date, certain Employees of the Company had accumulated retirement benefits under the Prior Plan. The Prior Plan shall be terminated 31 December 1969 and all benefits earned thereunder shall be transferred to the Plan. All benefits accrued under the Prior Plan transferred to the Plan shall become a liability of the Plan and shall be paid in accordance with the provisions of the Plan. Future contributions by such Employees and Employees who become eligible on and after the Effective Date shall be made under the Plan.

ARTICLE IV

CONTRIBUTIONS

4.3 (a) The Company will contribute each year to the Fund such amounts as determined by the Actuary, which, when added to the Participant's contributions made under Section 4.1 will provide the regular benefits described in the Plan and will provide for funding in accordance with the tests for solvency prescribed by the regulations under the Pension Benefits Act.

(b) It is expressly stipulated that the Company will not make any additional contributions corresponding to or in respect of the additional vol-

Conformément à l'art. 13.1 de ce régime, la compagnie a conclu un contrat de rente collective (GA1328) avec La Mutuelle, Compagnie d'assurance sur la vie, et une caisse a été constituée par le transfert de l'actif du régime de 1962 de Stearns et par les cotisations versées par les employés et la compagnie.

Le régime de 1970 de Stearns prévoyait ceci:

ARTICLE I

DÉFINITIONS

Caisse. La caisse à créer, en vertu du contrat d'administration de dépôt délivré par l'assureur, par le transfert de l'actif du régime antérieur et les cotisations versées par les participants et par la compagnie, et sur lesquelles les prestations du régime doivent être versées.

ARTICLE II

CONSTITUTION DU RÉGIME

2.2 Avant la date d'entrée en vigueur, certains employés de la compagnie avaient accumulé des prestations de retraite en vertu du régime antérieur. Le régime antérieur prend fin le 31 décembre 1969 et toutes les prestations accumulées en vertu de celui-ci sont transférées dans le régime, lesquelles prestations deviennent un passif du régime et sont versées conformément à ses dispositions. Les cotisations futures de ces employés et de ceux qui deviennent admissibles à compter de la date d'entrée en vigueur sont versées conformément au régime.

ARTICLE IV

COTISATIONS

4.3 a) La compagnie cotisera chaque année à la caisse les sommes déterminées par l'actuaire, qui, en sus des cotisations versées par les participants en vertu de l'article 4.1, garantiront les prestations normales décrites au régime et le financement conformément aux critères de solvabilité prescrits par le règlement d'application de la Pension Benefits Act.

b) Il est expressément prévu que la compagnie ne versera aucune cotisation supplémentaire correspondant aux cotisations supplémentaires versées

untary contributions made by a Participant as provided for in Section 4.2 or 4.4.

volontairement par les participants conformément à l'article 4.2 ou 4.4.

ARTICLE XIII

ARTICLE XIII

RETIREMENT FUND

CAISSE DE RETRAITE

13.2 No part of the Fund shall be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of Participants and their beneficiaries. No Participant, retired Participant, survivor or beneficiary under the Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the earnings of the Fund, or any rights in or to or under such Fund or any part of the assets thereof, except and to the extent expressly provided in this Plan.

13.2 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants et de leurs ayants droit. Aucun participant, participant retraité, survivant ou ayant droit aux termes du régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie des revenus de la caisse, ou sur cette caisse ou une partie de son actif, sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime.

ARTICLE XIV

ARTICLE XIV

Amendment or Termination of the Plan

Modification ou cessation du régime

14.1 The Company retains the right to amend or modify or terminate the Plan in whole or in part, at any time and from time to time, and in such manner and to such extent as it may deem advisable, subject to the following provisions:

14.1 La compagnie se réserve le droit de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie à sa discrétion, de la manière et dans la mesure qu'elle estime souhaitables, sous réserve de ce qui suit:

- a) No amendment shall have the effect of reducing any Participant's, former Participant's, joint annuitant's, beneficiary's, or estate's then existing interest in the Fund;
- b) No amendment shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants, former Participants, joint annuitants, beneficiaries, or estates;

- a) Aucune modification ne doit avoir pour effet de réduire le droit alors existant que tout participant, ancien participant, ayant droit ou succession possède sur la caisse;
- b) Aucune modification ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession.

Article 14.1(c) set out the following scheme of distribution to be instituted upon termination of the plan:

L'alinéa 14.1c) énonçait de la façon suivante le mécanisme de distribution applicable à la cessation du régime:

- c) If it should become necessary to discontinue the Plan, the assets of the Fund shall be used, to the extent adequate, for the following purposes:

- c) S'il devient nécessaire de mettre fin au régime, l'actif de la caisse sera utilisé, dans une mesure suffisante, aux fins suivantes:

Notwithstanding any surplus remaining after all benefits referred to in this Sub-section 14.1 (c) have been provided, such surplus may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions at the time, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, beneficiaries or estates in such equitable manner as the Company may in its discretion determine.

Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite de l'époque, le surplus qui reste après que toutes les prestations visées au présent alinéa 14.1 c) sont versées peut être remis à la compagnie ou être utilisé au profit des participants, anciens participants, leurs ayants droit ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer.

C. BROCHURE ...

On June 1, 1972, Stearns issued to its employees a brochure entitled 'Employee Benefits' which provided that:

Future of the Plan

It is the intention of the Company that the plan will continue indefinitely but of necessity they reserve the right to amend, modify or terminate the plan at any time. If it becomes necessary to terminate the plan at some future date, all employees would be granted 100% vesting, regardless of their service. No part of the assets of the fund will be available to the Company until all benefits earned under the plan to the date of termination have been paid. In the event there is a surplus in the fund after all benefits have been paid it is the Company's intention the surplus will be distributed in an equitable manner to the employees active in the plan at the date of termination.

D. THE 1977 STEARNS PLAN ...

By an amendment dated January 1, 1977, Stearns amended the 1970 plan. ...

The 1977 Stearns Plan contained ... the following provisions:

ARTICLE IDEFINITIONS

- 1.14 Fund means the corpus and all earnings, appreciations, or additions thereon and thereto held by the Funding Agency under the Funding Agreement.
- 1.15 Funding Agency means the Trust Company, Trustees, Insurance Company or successors thereof as the Company may appoint to hold the Fund pursuant to the Funding Agreement.
- 1.16 Funding Agreement means the agreement or contract entered into between the Company and the Funding Agency establishing the Fund.

ARTICLE IVCONTRIBUTIONS

- 4.1 The Company will contribute to the Fund, not less frequently than annually, such amounts which are not less than those certified by the Actuary as being necessary to provide benefits accruing during each Plan Year and to make provision in accordance with

C. BROCHURE ...

Le 1^{er} juin 1972, Stearns a remis à ses employés une brochure intitulée «Prestations des employés», qui prévoyait ceci:

Avenir du régime

La compagnie souhaite que le régime subsiste indéfiniment, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime à tout moment. S'il devient nécessaire de mettre fin au régime ultérieurement, tous les employés obtiendront 100 % de leur droit aux prestations, peu importe leur nombre d'années de service. La compagnie n'aura droit à une partie de l'actif de la caisse que si toutes les prestations accumulées en vertu du régime à la date de la cessation sont versées. Si la caisse accuse un surplus une fois versées toutes les prestations, la compagnie souhaite que ce surplus soit distribué équitablement aux employés qui cotisent au régime à la date de la cessation.

D. LE RÉGIME DE 1977 DE STEARNS ...

Le 1^{er} janvier 1977, Stearns a modifié le régime de 1970 ...

Le régime de 1977 de Stearns contenait [...] les dispositions suivantes:

ARTICLE IDÉFINITIONS

- 1.14 Caisse. L'ensemble de tous les gains, plus-value ou acquisitions en découlant, détenu par le gestionnaire en vertu de l'accord de financement.
- 1.15 Gestionnaire. La compagnie de fiducie, les fiduciaires, la compagnie d'assurances ou leurs successeurs que la compagnie peut désigner pour détenir la caisse conformément à l'accord de financement.
- 1.16 Accord de financement. L'entente ou le contrat conclu entre la compagnie et le gestionnaire, qui établit la caisse.

ARTICLE IVCOTISATIONS

- 4.1 La compagnie cotisera à la caisse, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur qu'il peut juger pertinent, certifie comme étant nécessaire

the Pension Benefits Act for the amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued after taking into account the assets of the Fund and such other factors as may be deemed relevant. The Company reserves the right, however, subject to the provisions of Article XIII, to pay its contributions from such surpluses as may accumulate and shall be determined in a valuation of the Funds' assets and liabilities certified by an Actuary.

- 4.2 Participants shall not be required to contribute to the Plan.

ARTICLE XIII

ESTABLISHMENT OF THE FUND

- 13.4 No part of the Fund shall be used for, or diverted to, purposes other than for the exclusive benefit of Participants, their designated Beneficiaries, or estates, except to the extent that surpluses, as certified by the Actuary, may be returned to the Company with the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions and except as provided in Sub-section 14.2 (d) of Article XIV. No Participant, retired Participant, survivor, or designated Beneficiary under this Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the Fund except and to the extent expressly provided in this Plan.

ARTICLE XIV

AMENDMENT OR TERMINATION OF THE PLAN

- 14.1 The Company retains the right to amend or modify or terminate the Plan in whole or in part, at any time and from time to time, and in such manner and to such extent as it may deem advisable, subject to the following provisions:

- (a) no amendment, modification or termination shall have the effect of reducing any Participant's, former Participant's, joint annuitant's, Beneficiary's or estate's then existing interest in the Fund.
- (b) no amendment, modification or termination shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants, former Participants, joint annuitants, Beneficiaries or estates.

pour verser les prestations qui s'accumulent chaque année et pour pourvoir à l'amortissement de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises, conformément à la Pension Benefits Act. La compagnie se réserve toutefois le droit, sous réserve des dispositions de l'article XIII, de verser ses cotisations sur les surplus qui peuvent s'accumuler et qui sont déterminés dans une évaluation de l'actif et du passif de la caisse, certifiée par un actuare.

- 4.2 Les participants ne sont pas tenus de cotiser au régime.

ARTICLE XIII

CONSTITUTION DE LA CAISSE

- 13.4 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, de leurs ayants droit désignés ou de leur succession, sauf dans la mesure où le surplus, comme le certifie l'actuaire, peut être remis à la compagnie avec l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, et sous réserve de ce que prévoit l'alinéa 14.2 d) de l'article XIV. Aucun participant, participant retraité, survivant ou ayant droit désigné aux termes du présent régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie de la caisse, sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime.

ARTICLE XIV

MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

- 14.1 La compagnie se réserve le droit de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie à sa discrétion, de la manière et dans la mesure qu'elle estime souhaitables, sous réserve de ce qui suit:

- a) aucune modification ou cessation ne doit avoir pour effet de réduire le droit alors existant que tout participant, ancien participant, ayant droit ou succession possède sur la caisse;
- b) aucune modification ou cessation ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession.

The scheme of distribution upon termination was ... contained in Article 14.2 ...:

14.2 Should the Plan be terminated, whether by the Company or as a result of wind-up or bankruptcy of the Company, the assets of the Fund shall be used, to the extent adequate, and subject to the provisions of the Pension Benefits Act, for the following purposes:

. . .

14.3 Any balance remaining in the Fund after distributions have been made in accordance with the foregoing Section 14.2 after satisfying all other liabilities of the Plan may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, designated Beneficiaries, or estates, in such equitable manner as the Company may at its discretion determine.

E. THE 1982 STEARNS PLAN CONSOLIDATION ...

The 1982 Stearns Plan Consolidation is virtually identical to the 1977 Stearns Plan with one important exception. Article 14.3 of the 1982 Stearns Plan Consolidation provides that:

14.3 Any balance remaining in the Fund after distributions have been made in accordance with the foregoing Section 14.2 after satisfying all other liabilities of the Plan may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions, be returned to the former Participants, designated Beneficiaries, or estates, in such equitable manner as the Company may at its discretion determine, so long as the surplus is distributed in such manner as to observe the maximum benefit allowed by the Department of National Revenue.

This consolidation was not registered with the Employment Pension Plans Branch and there is no Directors' Resolution authorizing it.

L'article 14.2 prévoyait [...] le mécanisme de distribution applicable à la cessation ...:

14.2 S'il est mis fin au régime, soit par la compagnie ou par suite de la liquidation ou de la faillite de la compagnie, l'actif de la caisse sera utilisé, dans une mesure suffisante, et sous réserve des dispositions de la Pension Benefits Act, aux fins suivantes:

. . .

14.3 Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, tout surplus accumulé dans la caisse une fois que la distribution effectuée conformément à l'article 14.2 qui précède et une fois remplies toutes les autres obligations créées par le régime, peut être remis à la compagnie ou être utilisé au bénéfice des participants, des anciens participants, des ayants droit désignés, ou de la succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer.

E. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME DE 1982 DE STEARNS

La consolidation du régime de 1982 de Stearns est pour ainsi dire identique au régime de 1977 de Stearns, à une exception importante près. L'article 14.3 de la consolidation du régime de 1982 de Stearns prévoit ceci:

14.3 Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, tout surplus accumulé dans la caisse une fois que la distribution est effectuée conformément à l'article 14.2 et une fois remplies toutes les autres obligations créées par le régime, peut être remis aux anciens participants, à leurs ayants droit désignés, ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer, dans la mesure où la distribution du surplus respecte la prestation maximale permise par le ministère du Revenu national.

Cette consolidation n'a pas été enregistrée auprès de la Direction des régimes de retraite d'employeur, et aucune résolution des administrateurs ne l'autorise.

III. THE STEARNS CATALYTIC PENSION PLANS

[I]n 1983 with the amalgamation of Stearns and Catalytic, the Company instituted the two Stearns Catalytic Pension Plans. . . .

These plans contained, . . . the following terms:

SECTION 1 — ESTABLISHMENT OF THE PLAN

The benefits provided by this Plan, in respect of service prior to October 1, 1983, are in lieu of all and any benefits to which any person, active or retired, may have been entitled under either of these Prior Plans, and in no event shall be less than the benefits to which they were entitled under these Prior Plans.

Effective October 1, 1983, the respective pension funds of the Catalytic Enterprises Plan and the Stearns-Roger Plan shall be merged and held as one fund to the benefit of members of this Pension Plan for Employees (Senior Members of Management) of Stearns Catalytic Ltd. — Construction Division.

SECTION 2 — DEFINITIONS

2.19 “Pension Fund” means the fund established pursuant to the Trust Agreement to which contributions are made by the Members and the Company and from which retirement and other benefits under the Plan are to be provided.

2.24 “Trustee” means the trustees, trust company or insurance company that the Company may appoint from time to time, to hold and invest the Pension Fund.

2.25 “Trust Agreement” means the agreement entered into between the Company and the Trustee establishing and maintaining the Pension Fund.

SECTION 4 — CONTRIBUTIONS

4.03 The Company shall contribute from time to time, but not less frequently than annually, such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with

III. LES RÉGIMES DE RETRAITE DE STEARNS CATALYTIC

[E]n 1983, lors de la fusion de Stearns et de Catalytic, la compagnie a créé deux régimes de retraite Stearns Catalytic. . . .

Ces régimes prévoyaient [. . .] ce qui suit:

ARTICLE 1 — CONSTITUTION DU RÉGIME

Les prestations prévues au présent régime, relativement aux années de service antérieures au 1^{er} octobre 1983, tiennent lieu de toutes les prestations auxquelles une personne, active ou à la retraite, peut avoir eu droit en vertu de l'un de ces régimes antérieurs, et en aucun cas ne doivent être inférieures aux prestations auxquelles elle avait droit en vertu de ces régimes antérieurs.

À compter du 1^{er} octobre 1983, les caisses de retraite respectives des régimes de Catalytic Enterprises et de Stearns-Roger seront fusionnées et détenues conjointement en une seule caisse au bénéfice des participants au présent régime de retraite pour les employés (cadres supérieurs) de la division de la construction de Stearns Catalytic Ltd.

ARTICLE 2 — DÉFINITIONS

2.19 «Caisse de retraite». La caisse établie conformément à l'acte de fiducie, dans laquelle des cotisations sont versées par les participants et la compagnie, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

2.24 «Fiduciaire». Les fiduciaires, compagnies de fiducie ou compagnies d'assurances que la compagnie peut désigner à l'occasion pour détenir et investir la caisse de retraite.

2.25 «Acte de fiducie» L'entente conclue entre la compagnie et le fiduciaire, qui établit et maintient la caisse de retraite.

ARTICLE 4 — COTISATIONS

4.03 La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé

the requirements of the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors.

ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Pension Benefits Act.

6.05 Statutory Maximum Retirement Benefit

In no event shall the annual retirement benefit payable under the Plan in respect of the retirement or termination of service of a Member or termination of the Plan exceed the lesser of:

- a) \$1,715 for each year of the Member's Credited Service to a maximum of 35 years; and
- b) 2% of the Member's average best three (3) consecutive years' Earnings multiplied by his years of Credited Service, to a maximum of 35 years.

6.05 Prestations de retraite maximales prévues par la loi

En aucun cas, les prestations de retraite annuelles payables en vertu du régime, relativement à la retraite ou à la cessation d'emploi d'un participant ou à la cessation du régime, ne doit excéder le moindre des montants suivants:

- a) 1 715 \$ pour chaque année décomptée du participant, jusqu'à un maximum de 35 années;
- b) 2 % du salaire moyen touché par le participant pendant ses trois (3) meilleures années consécutives, multiplié par ses années décomptées, jusqu'à un maximum de 35 années.

SECTION 18 — AMENDMENT TO OR TERMINATION OF THE PLAN

ARTICLE 18 — MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

18.01 Continuation of Plan

The Company expects and intends to maintain this Plan in force indefinitely but necessarily reserves the right to amend or discontinue the Plan either in whole or in part, if, in the opinion of the Company, future conditions warrant such action, subject always to the requirements of the Department of National Revenue and the provisions of the Pension Benefits Act.

18.01 Maintien du régime

La compagnie compte maintenir indéfiniment le présent régime, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient, sous réserve toujours des exigences du ministère du Revenu national et des dispositions de la Pension Benefits Act.

18.02 Amendment of Plan

No amendment to the Plan shall operate to reduce the pension benefits which have accrued to Members thereunder prior to the date of such amendment.

18.02 Modification du régime

Aucune modification du régime ne doit avoir pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées en vertu de celui-ci, avant la date de la modification.

18.03 Discontinuance of Plan

Should the Plan be wholly terminated, the Company shall not be obligated to make any further contributions to the Plan and the assets held under the Pension Fund shall be allocated for the provisions of the accrued benefits to which the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants are entitled in such equitable manner as may be determined by the Company in consultation with the Actuary until all liabilities under the Plan have been met. Such benefits may be provided through the purchase of annuity contracts from insurance companies licensed to transact annuities business in Canada, in the form elected by the

18.03 Cessation du régime

S'il est mis fin en totalité au régime, la compagnie n'est tenue de verser aucune cotisation supplémentaire au régime, et l'actif de la caisse de retraite est affecté au versement des prestations accumulées auxquelles les participants, leurs ayants droit et leur rentier conjoint ont droit, d'une manière juste que peut déterminer la compagnie de concert avec l'actuaire, jusqu'à ce que toutes les obligations créées par le régime soient remplies. Ces prestations peuvent être versées au moyen de l'achat de contrats de rente auprès de compagnies d'assurances autorisées à conclure des contrats de rente au Canada, selon la forme

Members, or through the continuation of the Trust Agreement for this purpose. If the assets of the Pension Fund are not sufficient to provide the aforementioned accrued benefits, the Pension Fund shall be allocated in a manner approved under the Pension Benefits Act. *a*

choisie par les participants, ou par le maintien de l'acte de fiducie à cette fin. Si l'actif de la caisse de retraite n'est pas suffisant pour verser lesdites prestations accumulées, la caisse de retraite est répartie conformément à la Pension Benefits Act.

18.05 Distribution of Benefits

If, after full provision has been made for the accrued benefits payable to the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants, there should remain any excess assets in the Pension Fund, such excess shall be used as the Company or liquidator or trustee in bankruptcy, if appropriate, may direct. *c*

Any distribution of the Pension Fund resulting from termination of the Plan shall be in accordance with the applicable provisions of the Pension Benefits Act and the Income Tax Act, and with the rules and regulations of the Department of National Revenue with respect to registered pension plans. *d*

The distribution of the assets of the fund must not result in a Member's retirement benefits exceeding the maximum indicated in Section 6.05 hereof. If any surplus remains in the Fund after all allocations have been made, such surplus shall be refunded to the Company. *e*

The contributions made to the Stearns Catalytic Pension Plans [were] provided to Confederation Life Insurance Company under the terms of an Investment Contract dated October 29, 1984. . . . *g*

[This contract] provided . . . that:

PROVISION 6 — WITHDRAWALS

6.1 Confederation Life shall make withdrawals from the Accounts in order to make payments as designated in writing by the Contractholder provided that any such withdrawal shall be for the sole purpose of making payments in accordance with one of the following conditions: *i*

(c) Payments to the Contractholder of any certified actuarial surplus as may be approved by any *j*

b 18.05 Distribution des prestations

Si, après le versement de toutes les prestations accumulées aux participants, à leurs ayants droit et à leur rentier conjoint, la caisse de retraite accuse un surplus, celui-ci est utilisé comme la compagnie, le liquidateur ou le syndic de faillite, s'il y a lieu, le prescrit.

Toute distribution de la caisse de retraite qui résulte de la cessation du régime doit être conforme aux dispositions applicables de la Pension Benefits Act et de la Loi de l'impôt sur le revenu, et aux règles et règlements du ministère du Revenu national relatifs aux régimes de retraite enregistrés.

La distribution de l'actif de la caisse ne doit pas avoir pour effet de porter les prestations de retraite d'un participant au-delà du maximum prévu à l'article 6.05 des présentes. Si la caisse accuse un surplus après que toutes les prestations sont versées, ce surplus est remis à la compagnie.

Les cotisations versées dans les régimes de retraite de Stearns Catalytic [étaient] remises à La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, en vertu des dispositions d'un contrat de placement en date du 29 octobre 1984. . . .

h [Ce contrat] prévoyait [. . .] que:

CLAUSE 6 — RETRAITS

6.1 La Confédération effectuera des retraits sur les comptes afin d'effectuer les paiements que le preneur désigne par écrit, en autant que ces retraits soient effectués à la seule fin d'effectuer des paiements conformément à l'une des conditions suivantes:

c) Paiements au preneur de tout surplus actuariel certifié que peut approuver tout organisme gou-

provincial or federal government body having jurisdiction in the matter.

vernement provincial ou fédéral ayant compétence en la matière.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)) — I have read the reasons of Justices Cory and McLachlin. Like McLachlin J. I agree with most of Cory J.'s conclusions but disagree with him on the question of entitlement to the surplus in the Catalytic plan. In my view, the surplus in the Catalytic plan reverts to the employer. However, I have arrived at this conclusion by a somewhat different route from McLachlin J.

While I agree with Cory J. that all monies in the Catalytic pension fund, including the surplus, were impressed with a trust, this does not foreclose amendment of that trust. In the case of a pension plan, the nature of the rights of amendment will continue to depend upon the terms of the plan and the trust agreement, if any. In my view, nothing in the Catalytic plan precluded the company from exercising the express power of amendment in the plan so as to provide that any surplus funds would revert to it upon termination of the plan.

I should state at the outset that I agree with Cory J.'s conclusion that the parties intended Article V of the Trust Agreement to apply to all monies in the pension fund after 1966, including the surplus funds. Article V purports to restrict the company's right to make amendments which divert parts of the "FUND" and reads as follows:

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee

LE JUGE SOPINKA (dissident en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)) — J'ai lu les motifs des juges Cory et McLachlin. À l'instar du juge McLachlin, je souscris à la plupart des conclusions du juge Cory, sauf en ce qui concerne le droit au surplus du régime de Catalytic. À mon avis, ce surplus revient à l'employeur. Cependant, j'ai adopté un raisonnement quelque peu différent de celui du juge McLachlin pour en arriver à cette conclusion.

Bien que je convienne avec le juge Cory que tout l'argent dans la caisse de retraite de Catalytic, y compris le surplus, était assujéti à une fiducie, cela n'empêche pas cette dernière d'être modifiée. Dans le cas d'un régime de retraite, la nature des droits de modification dépendra toujours, le cas échéant, des modalités du régime et de l'acte de fiducie. À mon avis, rien dans le régime de Catalytic n'empêchait la compagnie d'exercer le pouvoir de modification qui y était expressément prévu de manière à préciser que toute somme excédentaire lui serait remise à la cessation du régime.

Je tiens à indiquer, au départ, que je souscris à la conclusion du juge Cory que les parties souhaitaient que l'article V de l'acte de fiducie s'applique à toutes les sommes qui se trouveraient dans la caisse de retraite après 1966, y compris les sommes excédentaires. L'article V a pour effet de restreindre le droit de la compagnie d'effectuer des modifications détournant des parties de la «CAISSE». Il se lit ainsi:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition qu'aucune modification de ce genre qui influe sur les droits, les obligations, la rétribution ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effec-

shall be made without its consent, and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof. [Emphasis added.]

Under the 1959 Catalytic Plan, the Trust Agreement was made part of the plan. It was clear that the terms upon which the monies contributed to that plan were to be held and administered were contained in both the plan and the Trust Agreement. The 1966 Catalytic Plan amended the 1959 Plan but retained a provision stating that all contributions to the plan were to be administered in accordance with the terms of the Trust Agreement. Thus it is clear that when the Catalytic Plan became a defined benefit plan in 1966, the parties intended the provisions of the Trust Agreement to continue to apply to monies contributed to the plan. Furthermore, at all relevant times the Trust Agreement provided that the "FUND" referred to in that Agreement included all the monies paid to the Trustee by the Company for the purpose of the plan, as well as the earnings, profit and increments therefrom. The Catalytic surplus is derived from monies contributed to the plan after 1966 and thus is obviously part of the Fund. Therefore, it follows that Article V applies to amendments concerning the use of the surplus.

This, however, does not end the matter. By its terms Article V is subject to the terms of the plan. Both the 1959 and the 1966 versions of the plan reserved broader powers of amendment to the company than those contained in Article V of the Trust Agreement. The relevant provisions of the 1959 Catalytic Plan are as follows:

tuée sans son consentement, et à condition que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes. [Je souligne.]

Le régime de 1959 de Catalytic a incorporé l'acte de fiducie. Il était clair que les modalités suivant lesquelles les sommes versées à ce régime devaient être détenues et administrées se retrouvaient à la fois dans le régime et dans l'acte de fiducie. Le régime de 1966 de Catalytic a modifié le régime de 1959, tout en maintenant la disposition en vertu de laquelle toutes les cotisations au régime devaient être administrées conformément à l'acte de fiducie. Il est donc évident que, lorsque le régime de Catalytic est devenu un régime à prestations déterminées en 1966, les parties souhaitaient que les dispositions de l'acte de fiducie continuent de s'appliquer aux cotisations versées dans le régime. En outre, à toutes les époques pertinentes, l'acte de fiducie prévoyait que la «CAISSE» mentionnée dans l'acte comprenait toutes les sommes versées au fiduciaire par la compagnie aux fins du régime, de même que les gains, les profits et les accroissements réalisés. Le surplus du régime de Catalytic provenait des cotisations qui y avaient été versées après 1966 et il faisait donc nettement partie de la caisse. Aussi l'article V s'applique-t-il aux modifications concernant l'utilisation du surplus.

Cela ne met toutefois pas un terme à la discussion. De par son texte même, l'article V est assujéti aux modalités du régime. Les versions de 1959 et de 1966 du régime réservaient à la compagnie des pouvoirs de modification plus larges que ceux prévus à l'article V de l'acte de fiducie. Les dispositions pertinentes du régime de 1959 de Catalytic sont les suivantes:

SECTION XXII FUTURE OF THE PLAN

1. The Company hopes and expects to continue the Plan and the payment of contributions hereunder indefinitely but such continuance is not assumed as a contractual obligation. The Company expressly reserves the right, by action of its Board, to amend or terminate the Plan in whole or in part, if in the opinion of the Company future conditions warrant such action.
2. No amendment to the Plan shall operate to reduce the benefits which have occurred [*sic*] to the Members of the Plan prior to the date of amendment.
3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. No other employees will become eligible to become Members and no further contributions will be made by the Company.

These provisions were carried over into the 1966 version of the Catalytic plan, renumbered as Section XXI. By virtue of those provisions, the only limitation upon the company's power to amend the plan was that no amendment could reduce accrued benefits. The right to receive surplus monies in the pension fund was not a benefit which had accrued to the members of the plan at the time that the company amended the plan to permit the surplus to be distributed to itself. Under the terms of the 1959 and 1966 plan the employees may have obtained a right to the surplus upon termination of the plan, but no such right had accrued to them prior to termination. Even if such a right could be said to have accrued at the time of amendment, it is not a benefit contemplated by that provision. The benefits contemplated by the plan are those to which the members were entitled pursuant to other Articles of the plan. The right to the surplus is not one of those benefits. Indeed, when Article XXII.2 was drafted, it could not have referred to a surplus because no surplus was possible under a defined contribution plan. For both these reasons I conclude that from the outset the company reserved the power to amend the Catalytic plan so as to permit any surplus to be distributed to itself.

[TRANSDUCTION]

ARTICLE XXII AVENIR DU RÉGIME

1. La compagnie souhaite et compte maintenir indéfiniment le régime et le paiement des cotisations ci-dessous, ce maintien ne constituant toutefois pas une obligation contractuelle. La compagnie se réserve expressément le droit, par l'entremise de son conseil, de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient.
2. Aucune modification du régime n'a pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées avant la date de la modification.
3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom. Aucun autre employé ne pourra devenir participant et aucune autre cotisation ne sera versée par la compagnie.

En vertu de ces dispositions, reprises à l'article XXI de la version de 1966 du régime de Catalytic, le pouvoir de la compagnie de modifier le régime était assujéti à la seule condition qu'aucune modification ne réduise les prestations accumulées. Le droit de recevoir les sommes excédentaires de la caisse de retraite n'était pas une prestation que les participants avaient accumulée au moment où la compagnie a modifié le régime de manière à permettre que le surplus lui soit versé. En vertu des dispositions du régime de 1959 et de 1966, les employés ont pu obtenir le droit au surplus à la cessation du régime, mais ils n'avaient pas ce droit avant la cessation. Même si on pouvait dire qu'ils avaient ce droit à l'époque de la modification, ce n'est pas une prestation envisagée par la disposition en question. Les prestations envisagées par le régime sont celles auxquelles les participants avaient droit conformément à d'autres articles du régime. Le droit au surplus n'en est pas une. En fait, lorsque l'article XXII.2 a été rédigé, il n'aurait pu mentionner un surplus puisque aucun surplus n'était possible dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées. Pour ces deux raisons, je conclus que, dès le départ, la compagnie s'est réservé le pouvoir de modifier le régime de Catalytic de façon à permettre que tout surplus lui soit versé.

Assuming that a provision disposing of the surplus in favour of the employer is a partial revocation, I see no magic in the use of those specific words. If the powers of amendment are sufficiently explicit to permit a change which is in law a partial revocation, they should be given effect. After all, a trust can be created by the use of apt words without express reference to a trust. Words are apt to create a trust if the intention of the settlor is clear. Conversely, limitations on the nature of the trust must surely be determined on the same basis.

It is the contention of the respondents that the right to the surplus is an accrued benefit and a reduction of accrued benefits is a revocation or partial revocation of the trust. The fact that reduction in accrued benefits was made an express exception from the power of amendment shows that when the trust was created the parties considered that in the absence of this exception the power of amendment would extend to reduce accrued benefits. It follows that the power of amendment included the power to make changes having the effect of revocation or partial revocation. The real issue, therefore, is whether the right to the surplus comes within the exception. For the reason I have given above, it does not.

As Cory J. points out, there is a fundamental disagreement in the authorities as to whether a power of amendment can be sufficiently explicit to include a power of revocation. This disagreement is said to derive from the conflicting views expressed in *Waters, Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984) and *Scott, The Law of Trusts* (4th ed. 1989), vol. 4. As I understand my colleague's reasons, he would apply a statement in *Waters* as requiring nothing short of the use of the actual words "power of revocation" in order to permit the settlor to effect a change which would amount to a revocation or partial revocation. With respect, I am of the opinion that *Waters* does not go that far. In the passage to which my colleague refers and

À supposer qu'une disposition prévoyant la remise du surplus à l'employeur constitue une révocation partielle, je ne vois rien de magique dans l'utilisation de ces mots précis. Si les pouvoirs de modification sont suffisamment explicites pour permettre un changement qui, en droit, constitue une révocation partielle, ils devraient avoir effet. Après tout, une fiducie peut être créée par l'utilisation de mots appropriés sans mention expresse d'une fiducie. Les mots sont susceptibles de créer une fiducie si l'intention du constituant est claire. À l'inverse, les restrictions quant à la nature de la fiducie doivent sûrement être déterminées de la même façon.

Les intimés font valoir que le droit au surplus est une prestation accumulée et qu'une réduction des prestations accumulées constitue une révocation totale ou partielle de la fiducie. Le fait que la réduction des prestations accumulées ait été soustraite expressément au pouvoir de modification démontre qu'au moment de la création de la fiducie, les parties ont considéré qu'en l'absence de cette exception le pouvoir de modification permettrait de réduire les prestations accumulées. Il s'ensuit que le pouvoir de modification incluait le pouvoir d'effectuer des changements ayant l'effet d'une révocation totale ou partielle. La véritable question est donc de savoir si le droit au surplus tombe sous le coup de cette exception. Pour la raison exposée ci-dessus, la réponse à cette question est non.

Comme le juge Cory le souligne, il existe dans la jurisprudence un désaccord fondamental quant à savoir si un pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation. On dit de ce désaccord qu'il découle des opinions opposées exprimées dans *Waters, Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), et *Scott, The Law of Trusts* (4^e éd. 1989), vol. 4. Si je comprends bien les motifs de mon collègue, il interpréterait un passage de *Waters* comme ne requérant rien de moins que l'utilisation des mots «pouvoir de révocation» eux-mêmes pour que le constituant puisse effectuer un changement équivalant à une révocation totale ou partielle. En toute déférence, je suis d'avis que *Waters* ne va pas aussi loin. Dans

which was quoted by Zuber J.A. in *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, at p. 600, the learned author states: "A settlor cannot revoke his trust unless he has expressly reserved the power to do so." I do not read this to mean that if the settlor uses language that, when interpreted by reference to the usual canons of construction, clearly establishes an intention to include changes having the effect of revocation, the absence of the magic words is fatal. Nor do I believe that Zuber J.A. was of the opinion that no power of amendment could authorize a change having the effect of revocation. It is clear that he was of the opinion that, in applying the statement in *Waters*, the appropriate inquiry was whether the wording of the relevant documents could be interpreted to authorize a change having the effect of revocation. At page 600, he stated:

The appellant does not take issue with these general principles [stated in *Waters*] but asserts that it has reserved a power of amendment which is wide enough to entitle him to recover surplus funds. In my opinion, this proposition is simply untenable. The language of the trust agreement and the pension plan do not support such an argument. The section in the pension plan (prior to the 1981 amendment) dealing with the powers of amendment specifically affirms the irrevocability of the contributions and the fact that the members of the plan are the sole beneficiaries.

The terms of the trust agreement and plan in *Reeve*, *supra*, were not identical to the wording of the agreements in this case.

But even if *Waters* stands for the proposition advanced by Cory J., the logic of the contrary position, which is stated in Scott, *The Law of Trusts*, *supra*, and adopted by McLennan J. in *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.), and the British Columbia Court of Appeal in *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, appeals to me in preference to a formulaic approach that would disregard the clear intention of the parties. Nor am I persuaded that we should adopt a rule of interpretation that ignores the clear intention of the parties in order to maintain the

l'extrait auquel mon collègue renvoie et que cite le juge Zuber dans l'arrêt *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, à la p. 600, l'auteur écrit: [TRADUCTION] «Le constituant ne peut révoquer sa fiducie que lorsqu'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire.» Je ne considère pas que cela signifie que, si le constituant utilise un langage qui, lorsqu'il est interprété selon les principes ordinaires d'interprétation, exprime clairement l'intention d'inclure des changements ayant l'effet d'une révocation, l'absence des mots magiques est fatale. Je ne crois pas non plus que le juge Zuber était d'avis qu'aucun pouvoir de modification ne pouvait autoriser un changement ayant l'effet d'une révocation. Il estimait de toute évidence qu'en appliquant les propos de *Waters*, il fallait se demander si le texte des documents pertinents pouvait être interprété comme autorisant un changement ayant l'effet d'une révocation. À la page 600, il dit:

[TRADUCTION] L'appelante ne conteste pas ces principes généraux [exposés dans *Waters*], mais elle soutient s'être réservé un pouvoir de modification suffisamment large pour lui permettre de recouvrer les sommes excédentaires. À mon avis, cette proposition est tout simplement intenable. Le texte de l'acte de fiducie et du régime de retraite ne justifie pas un tel argument. L'article qui, dans le régime de retraite (avant la modification de 1981), traitait des pouvoirs de modification confirme expressément l'irrévocabilité des cotisations et le fait que les participants au régime en sont les bénéficiaires exclusifs.

Le texte de l'acte de fiducie et du régime dans l'affaire *Reeve*, précitée, n'était pas identique à celui des ententes en l'espèce.

Mais même si *Waters* appuie la proposition avancée par le juge Cory, la logique de la position contraire, exposée dans Scott, *The Law of Trusts*, *op. cit.*, et adoptée par le juge McLennan dans l'affaire *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.), et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Hockin c. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, me plaît davantage qu'une méthode fondée sur une formule qui ferait abstraction de l'intention manifeste des parties. Je ne suis pas non plus convaincu que nous devions adopter une règle d'interprétation qui ignore l'in-

fundamental character of a trust. Trusts can be revocable or irrevocable. Neither is more fundamental than the other. All we are debating is the means by which we distinguish one from the other. Moreover, the true nature of a trust established as part of a pension plan is to provide funds needed to pay the benefits which accrue to employees under the plan. A power of amendment which is qualified by the requirement that it cannot be used to reduce accrued benefits is not inconsistent with the fundamental purpose of a defined benefits pension trust.

Cory J. also reasons that the circumstances which prevailed when the plans in question were created support his interpretation of the breadth of the power of amendment. In my view, however, the most relevant of those circumstances is the fact that neither the company nor the employees appear to have foreseen the existence of a surplus when the plan was created. In fact, there was no reason for the employees to expect to receive anything more than the defined benefits set out in the plan. Therefore, I see nothing inequitable in allowing the employer to take advantage of the broad amending power to distribute the surplus to itself, so long as it did nothing to reduce the level of benefits provided to the employees.

As far as the tax legislation in force when the plans were created is concerned, I agree with Cory J.'s observation that the tax motivations of the parties to pension plans are of limited relevance in interpreting those plans. I note however that the Catalytic plan expressly stated that the plan was structured so as to ensure that the company's contributions were deductible under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, and any amendments thereto. It is not unreasonable to infer that the broad amending power retained in the 1959 Catalytic plan and subsequent versions of the plan was retained in part to deal with changes in income tax legislation. The amendment of the 1983 Air Products Plan to include Section 18.05 was required by Revenue Canada in order to comply with the pension plan registration requirements under the

tention manifeste des parties afin de préserver le caractère fondamental d'une fiducie. La fiducie est soit révocable, soit irrévocable. Aucune n'est plus fondamentale que l'autre. Ce sont les moyens de les distinguer l'une de l'autre qui font l'objet de notre discussion. De plus, la fiducie créée dans le cadre d'un régime de retraite a véritablement pour objet de fournir l'argent nécessaire pour verser les prestations dues aux employés en vertu du régime. Le pouvoir de modification assujéti à l'interdiction d'y avoir recours pour réduire les prestations accumulées n'est pas incompatible avec l'objectif fondamental d'une fiducie de régime à prestations déterminées.

Le juge Cory estime également que les circonstances dans lesquelles les régimes en question ont été créés justifient son interprétation de la portée du pouvoir de modification. À mon avis, toutefois, la plus pertinente de ces circonstances est le fait que ni la compagnie ni les employés ne semblent avoir prévu l'existence d'un surplus lorsque le régime a été créé. En fait, les employés n'avaient aucune raison de s'attendre à recevoir plus que les prestations déterminées dans le régime. Par conséquent, je ne vois rien d'injuste à autoriser l'employeur à tirer profit du pouvoir général de modification pour s'attribuer le surplus, en autant qu'il ne fait rien pour réduire le montant des prestations garanties aux employés.

En ce qui concerne la législation fiscale en vigueur à l'époque de la création des régimes, je souscris à l'observation du juge Cory selon laquelle les motivations des parties aux régimes de retraite, sur le plan fiscal, ont une pertinence limitée pour ce qui est d'interpréter ces régimes. Je remarque toutefois que le régime de Catalytic prévoyait expressément qu'il était structuré de façon à garantir la déductibilité des cotisations de la compagnie sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et de ses modifications. Il n'est pas déraisonnable de déduire que le maintien du pouvoir général de modification dans le régime de 1959 de Catalytic et ses versions subséquentes visait en partie à répondre aux changements survenus dans la législation fiscale. La modification du régime de 1983 d'Air Products, de

Income Tax Act. Therefore, if anything, consideration of the parties' tax motivations supports a broad interpretation of the power of amendment.

Moreover, the approach which Cory J. adopts may make it difficult for the numerous pension plans that had an existence prior to 1981, which do not have an express power of revocation, to conform with the new registration requirements. Both Information Circulars Nos. 72-13R7 (1981) and No. 72-13R8 (1988) provide that the plan must contain a provision permitting an actuarial surplus to be refunded to the employer on termination of the plan. This requirement has apparently been incorporated in ss. 8502(c) and 8503(4)(c) of the *Income Tax Regulations*. The Minister has indicated that these regulations may be amended; for the time being, however, they have the force of law.

For the above reasons I conclude that Section 17.05 of the 1978 plan was a valid amendment to the Catalytic plan, as was Section 18.05 of the 1983 Air Products plan. Pursuant to those provisions the surplus in the Catalytic plan should revert to the company. In light of the result which I have reached by interpreting the terms of the plan it is not necessary for me to consider whether the funds could revert to the employer by the operation of a resulting trust.

In the result I would dispose of the appeals as proposed by Cory J., except with regards to the distribution of the surplus in the Catalytic plan. In this respect, I would allow the appeals with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)) — I have read the reasons of Justice Cory. I agree with his conclusions except on the question of the right to surplus on the Catalytic plan. In my view, the surplus on the Catalytic

manière à inclure l'art. 18.05, a été exigée par Revenu Canada afin que soient respectées les conditions d'enregistrement des régimes de retraite sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

^a Par conséquent, l'analyse des motivations des parties sur le plan fiscal appuie plutôt une interprétation large du pouvoir de modification.

^b En outre, le point de vue adopté par le juge Cory peut faire en sorte qu'il sera difficile de rendre conformes aux nouvelles conditions d'enregistrement les nombreux régimes de pension qui existaient avant 1981 et qui ne prévoyaient aucun pouvoir exprès de révocation. Les circulaires d'information nos 72-13R7 (1981) et 72-13R8 (1988) prévoient toutes deux que le régime doit contenir une disposition permettant de remettre un surplus actuariel à l'employeur à la cessation du régime. Cette exigence a apparemment été incorporée dans les al. 8502(c) et 8503(4)(c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Le ministre a indiqué que ce règlement peut être modifié; toutefois, il a force de loi pour le moment.

^c Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'art. 17.05 du régime de 1978 était une modification valide du régime de Catalytic, tout comme l'art. 18.05 du régime de 1983 d'Air Products. Conformément à ces dispositions, le surplus accumulé dans le régime de Catalytic devrait être remis à la compagnie. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée en interprétant les modalités du régime, il ne m'est pas nécessaire d'examiner si les sommes pourraient revenir à l'employeur en vertu d'une fiducie par déduction.

^d En définitive, je suis d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory, sauf en ce qui concerne la répartition du surplus du régime de Catalytic, au sujet de laquelle j'accueillerais les pourvois avec dépens.

^e Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)) — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à ses conclusions sauf en ce qui concerne la question du droit au surplus du régime de retraite de Catalytic. À

Plan reverts to the employer, either on the terms of the plan or on the basis of the doctrine of resulting trust.

Background: Situating the Problem

Modern private pension plans date to the late 19th century. Fundamental and pervasive societal changes — large scale industrialization coupled with the breakdown of family, village and church assistance networks — produced a need to devise methods of caring for those past working age. Employer-sponsored private pension plans, supplemented later by government plans, were the response. Today, together with personal savings, private and public pension plans provide the primary source of income for retired Canadians.

There are two main types of pension plans. In the first type, the “defined contribution” plan, the amount paid in by the contributors to the fund is set. The eventual size of the employee’s annuity is determined by the rate of return on the invested contributions. It follows that a low rate of return on investment will result in a smaller pension than if the rate of return is high. While the employer contributes to the plan, the employer does not guarantee the amount of the annuity. The employee is not assured of any particular benefit. The 1959 Catalytic plan was this sort of plan.

In the other type of pension plan, the “defined benefit” or “money purchase” plan, the employee, who may or may not contribute to the fund, is assured of a certain monetary benefit upon retirement. An actuary is employed to determine the amount of contribution which the employer must make in order to ensure that the plan can meet its present and future obligations. The market risk, assumed by the employee in a defined contribution plan, falls on the employer in a defined benefit plan. If, at any time, the plan is unable to meet its obligations, the employer is liable to make up any shortfall. For these two reasons — the guarantee of

mon avis, ce surplus revient à l’employeur en vertu des modalités du régime ou en raison du principe de la fiducie par déduction.

a Historique: exposé du problème

Les régimes de retraite privés contemporains datent de la fin du XIX^e siècle. À la suite des changements fondamentaux et globaux que la société a connus — l’industrialisation à grande échelle conjuguée à la détérioration des réseaux d’aide axés sur la famille, le village et l’Église — il a fallu concevoir des moyens de s’occuper des personnes ayant atteint l’âge de retraite, ce qu’on a fait en créant des régimes de retraite d’employeur privés, auxquels sont par la suite venus s’ajouter les régimes d’État. De nos jours, avec l’épargne personnelle, les régimes de pension privés et publics constituent la principale source de revenu des Canadiens retraités.

Il y a deux principaux genres de régimes de retraite. Dans le premier genre, soit le régime «à cotisations déterminées» ou «à formule d’achat», le montant versé par les cotisants est fixe. Le montant éventuel de la rente de l’employé est fonction du revenu de placement du régime. Il s’ensuit que si le taux de rendement des placements est peu élevé, le montant de la prestation sera inférieur à ce qu’il aurait été si le taux de rendement avait été élevé. Même s’il cotise au régime, l’employeur ne garantit pas le montant de la rente. Aucune prestation particulière n’est garantie à l’employé. Le régime de 1959 de Catalytic était un régime de ce genre.

Dans l’autre genre de régime de retraite, soit le régime «à prestations déterminées», l’employé est assuré de toucher certaines prestations au moment de sa retraite, et ce, qu’il cotise ou non à la caisse. On a recours aux services d’un actuaire pour calculer le montant de la cotisation que l’employeur doit verser afin de garantir que le régime puisse satisfaire à ses obligations actuelles et futures. Le risque du marché, qui est assumé par l’employé dans le régime à cotisations déterminées, incombe à l’employeur dans le régime à prestations déterminées. Si, à un moment donné, le régime ne peut pas satisfaire à ses obligations, l’employeur est tenu de

a certain benefit and the assumption by the employer of the market risk — a defined benefit plan is regarded as more advantageous to employees than a defined contribution plan.

The defined benefit plan possesses a feature which the defined contribution plan does not — a feature which is at the heart of this appeal, the actuarial surplus. A defined contribution plan can never have a surplus; everything, after deduction of taxes and expenses, must be paid out to the pensioners. However a surplus may accumulate in a defined benefit plan when the amount in the fund exceeds the amount required to meet the defined benefits as calculated by the actuary.

In valuing the assets of a pension plan, the actuary must take into account a number of factors and make assumptions about each of them. These factors include the rate of investment return, the rate of price inflation, salary increases, rates of mortality for active and retired members, rates of employee turnover, incidence of disability and utilization of early retirement options. As might be expected, actuaries advising employers tend to err on the side of caution to produce what is called an “experience gain” rather than an “experience deficiency”, since the latter would deprive pensioners of the benefits guaranteed to them.

In the early 1980s this actuarial conservatism combined with a particular set of economic factors to produce massive surpluses in many pension funds. These factors included the level of interest rates — as high as 20 percent at one point — which gave returns on investments in fixed value securities far in excess of those predicted. The stock market boom from 1982 to 1987 also resulted in much higher capital gains than were anticipated. Furthermore, the recession of 1981-82 caused widespread layoffs of employees who had no vested right to pension benefits. Money contrib-

combler tout déficit. C’est pour ces deux raisons — la garantie de certaines prestations et le fait que l’employeur assume le risque du marché — que le régime à prestations déterminées est considéré comme plus avantageux pour les employés que le régime à cotisations déterminées.

Le régime à prestations déterminées comporte une caractéristique qui n’existe pas dans le régime à cotisations déterminées — une caractéristique qui constitue le nœud du présent litige: le surplus actuariel. Dans un régime à cotisations déterminées, il ne peut jamais y avoir de surplus: tout l’argent, une fois les impôts et les frais déduits, doit être versé aux pensionnés. Toutefois, dans un régime à prestations déterminées, il peut y avoir un surplus si le montant qui est dans la caisse excède le montant nécessaire pour verser les prestations déterminées calculées par l’actuaire.

En évaluant l’actif d’un régime de retraite, l’actuaire doit tenir compte d’un certain nombre de facteurs et formuler des hypothèses sur chacun d’eux. Ces facteurs comprennent le taux de rendement des placements, le taux d’inflation, les hausses de salaire, le taux de mortalité des participants actifs et retraités, le taux de roulement du personnel, la fréquence des invalidités et le recours aux options de retraite anticipée. Comme on pourrait s’y attendre, les actuaires qui conseillent les employeurs ont tendance à se montrer plutôt prudents, de façon à produire ce qu’on appelle un «gain actuariel» plutôt qu’un «déficit actuariel», étant donné que pareil déficit aurait pour effet de priver les pensionnés des prestations qui leur étaient garanties.

Au début des années 1980, en raison de la prudence dont faisaient preuve les actuaires et d’un ensemble particulier de facteurs économiques, de nombreuses caisses de retraite ont accumulé des surplus considérables. Parmi ces facteurs, il y a les taux d’intérêt qui ont atteint, à un moment donné, les 20 pour 100 et qui ont entraîné des revenus de placement dans les titres à valeur fixe fort supérieurs à ce qu’on avait prévu. De 1982 à 1987, le boom boursier a également entraîné des gains en capital beaucoup plus élevés que prévu. En outre, la récession de 1981-1982 a provoqué de nombreux

uted on their account remained in the plan and either reduced unfunded liability for other employees or fell into surplus. At the same time, employers, uncertain as to whether they could use surplus for ongoing funding, often continued to contribute to over-funded plans in years when investment returns were at their highest, increasing existing surpluses: Gary Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989. The result of these events was to increase pension surpluses in Canada which, by 1982, had already been estimated to be between \$4 billion and \$8 billion: D. Don Ezra, *The Struggle for Pension Fund Wealth* (1983).

So long as a pension plan remains operational, hefty surpluses pose no problem except perhaps to employers wondering whether they can use the surplus for current funding needs, taking a "contribution holiday". When a plan terminates, however, the question arises of who is entitled to the surplus. That is the problem that faces us on this appeal. It is not, we are told, an isolated one. Many plans such as this were set up in the 1960s and the decades that followed. Few contained express provisions as to distribution of surplus.

The Catalytic plan in this appeal was set up in 1959 as a defined contribution plan. As one would expect in that type of plan, all funds would ultimately be paid out to the pensioners or beneficiaries. There could be no surplus.

In 1966, however, the plan was changed to a defined benefit plan and the possibility of a surplus arose. In 1978, the Plan Agreement was redrafted. This restatement raised for the first time the issue of what should be done with any surplus. It empowered the company to use the surplus as it

ses mises à pied d'employés qui n'avaient pas de droits acquis à des prestations de retraite. Les cotisations versées dans leur compte sont demeurées dans le régime et ont servi à réduire le passif non capitalisé pour les autres employés ou ont constitué un surplus. En même temps, les employeurs, qui n'étaient pas certains de pouvoir utiliser le surplus aux fins du financement courant, ont souvent continué de cotiser à des régimes financés en trop pendant les années où les revenus de placement avaient atteint un point culminant, ce qui a eu pour effet d'augmenter les surplus existants: Gary Nachshen, «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», dans *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989. Il en est résulté une augmentation des surplus de caisse de retraite au Canada, dont le montant estimatif, en 1982, était déjà de 4 à 8 milliards de dollars: D. Don Ezra, *The Struggle for Pension Fund Wealth* (1983).

Tant qu'un régime de retraite existe, les surplus importants ne posent pas de problèmes, sauf peut-être pour les employeurs qui se demandent s'ils peuvent les utiliser aux fins du financement courant, en s'accordant une «période d'exonération de cotisations». Toutefois, lorsque le régime prend fin, il s'agit de savoir qui a droit au surplus. Tel est le problème qui se pose dans la présente affaire qui, nous dit-on, n'est pas un cas isolé. De nombreux régimes comme celui qui est ici en cause ont été créés pendant les années 1960 et les décennies qui ont suivi. Peu de régimes renfermaient des dispositions expresses au sujet de la répartition des surplus.

Le régime de Catalytic, dont il est question en l'espèce, a été créé en 1959 en tant que régime à cotisations déterminées. Comme on pouvait s'y attendre dans ce genre de régime, tous les fonds seraient ultimement versés aux pensionnés ou aux bénéficiaires. Il ne pouvait pas y avoir de surplus.

Toutefois, en 1966, le régime a été converti en un régime à prestations déterminées et la possibilité d'un surplus est apparue. En 1978, la convention relative au régime a été rédigée de nouveau, de sorte que la question de savoir ce qu'on devait faire d'un surplus s'est posée pour la première fois.

saw fit after making full provision for the accrued benefits payable to members and beneficiaries. When the plan was terminated in 1988, a large surplus was revealed. The issue was who should have it — the employees and their beneficiaries or the employer?

Implications Flowing from the Nature of the Defined Benefit Plan

As noted, the employer is legally obliged under a defined benefits plan to ensure that all pension benefits owing are paid when they fall due. The employer thus bears the risk that contributions may be insufficient or that investments may not perform as well as predicted. The converse of this proposition is that the employer should be permitted to take advantage of the excess when investments do better than predicted.

From an economic policy perspective, if employers cannot retrieve surpluses, they may be inclined to request that their actuaries take a more optimistic view of the future of their investments and fund existing pensions less generously. Alternatively, they may refuse to enter into new pension regimes or, in some cases, terminate those which already exist. Inability to retrieve surpluses may also lead employers, unwilling to assume the risk of providing guaranteed benefits without the possibility of recovering surplus funding, to choose defined contribution plans rather than defined benefit plans. Employees, no longer assured of a specific pension and required to assume the risk of insufficient funding themselves, would be the losers.

On the other side of the coin, permitting employers to recover surplus in a defined benefit plan is not unfair to employees. It is argued that employees should have the surplus because they have paid for it through direct contributions or by accepting lower wages and fewer fringe benefits. This argument overlooks the nature of the employ-

La convention habilitait la compagnie à utiliser le surplus comme elle le jugerait bon, une fois versées toutes les prestations accumulées payables aux participants et aux bénéficiaires. Lorsque le régime a pris fin, en 1988, on a constaté l'existence d'un surplus important. Il s'agissait de savoir à qui il revenait — aux employés et à leurs bénéficiaires ou à l'employeur?

Conséquences découlant de la nature du régime à prestations déterminées

Tel que souligné, l'employeur est légalement tenu, dans le cadre d'un régime à prestations déterminées, de garantir que toutes les prestations de retraite seront versées lorsqu'elles seront dues. L'employeur assume donc le risque que les cotisations ne soient pas suffisantes ou que les placements ne soient pas aussi fructueux que prévu. À l'inverse, l'employeur devrait être autorisé à profiter de l'excédent lorsque les placements sont plus rentables que prévu.

Sur le plan de la politique économique, si les employeurs ne peuvent pas récupérer les surplus, ils peuvent être portés à demander à leurs actuaires de se montrer plus optimistes à l'égard de leurs placements et à financer moins généreusement les régimes de retraite existants. Subsidiairement, ils peuvent refuser de participer à de nouveaux régimes de retraite ou, dans certains cas, mettre fin à ceux qui existent déjà. L'incapacité de récupérer les surplus peut également amener l'employeur, qui ne veut pas assumer le risque de garantir des prestations sans avoir la possibilité de recouvrer les surplus, à choisir un régime à cotisations déterminées plutôt qu'un régime à prestations déterminées. Les employés, auxquels on ne garantirait plus des prestations précises et qui se verraient obligés d'assumer eux-mêmes le risque d'un financement insuffisant, seraient perdants.

Par contre, permettre aux employeurs de recouvrer le surplus accumulé dans le cadre d'un régime à prestations déterminées n'est pas injuste pour les employés. On soutient que les employés devraient avoir droit au surplus parce qu'ils l'ont payé en versant directement des cotisations ou en acceptant un salaire inférieur et un moins grand nombre

ees' legitimate expectations under a defined benefit plan. The employees, having bargained for specific benefits, will receive precisely what they bargained for. The benefits, as defined by the plan, are the *quid pro quo* for their services and contributions. Indeed, the intention of the parties — and the very purpose of the plan — is that they receive these benefits. To give the employees the surplus, however, is to give them more than they bargained for. It is a windfall to the employees and a denial of the equitable interest which the employer holds in the surplus.

This practical view of things is supported by the policy of the Minister of National Revenue. Information Circular No. 72-13R7, December 31, 1981, is based on the assumption that surplus is normally returnable to the employer. In order to comply with registration requirements, surplus in excess of the employer's current service funding obligations in the following 24-month period must be either refunded to the employer or applied against the employer's obligations for contributions on account of current or past service in the current and subsequent years. Furthermore, all pension plans are to contain a provision permitting an actuarial surplus to be refunded to contributing employers of the plan. This requirement, it may be noted, may prevent problems such as the one presented on this appeal from arising in plans set up after the Circular.

The Position in Other Jurisdictions

The problem of surplus in defined benefit pension plans is a recent one. The matter has, however, been considered by courts in England and the United States. It is fair to say that they have generally come down on the side of returning the surplus to the employers.

Courts in Great Britain have relied primarily upon principles of trust law when attempting to resolve the question of pension surplus. In *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2

d'avantages sociaux. Cet argument ne tient pas compte de la nature des attentes légitimes des employés qui participent à un régime à prestations déterminées. Les employés, qui ont négocié des prestations précises, recevront exactement ce qu'ils ont négocié. Les prestations prévues par le régime constituent la contrepartie de leurs services et cotisations. En fait, l'intention des parties — et l'objet même du régime — est que les employés touchent ces prestations. Toutefois, remettre le surplus aux employés revient à leur donner plus que ce qu'ils ont négocié. C'est un gain fortuit pour les employés et une négation du droit d'*equity* qu'a l'employeur sur le surplus.

Cette perception pratique des choses est étayée par la politique du ministre du Revenu national. La circulaire d'information n° 72-13R7 du 31 décembre 1981 est fondée sur l'hypothèse selon laquelle un surplus revient normalement à l'employeur. Pour satisfaire aux exigences en matière d'enregistrement, toute somme qui excède les cotisations pour services courants que l'employeur doit verser au cours des 24 mois qui suivent doit soit lui être remboursée, soit être déduite de ses obligations de verser des cotisations pour services courants ou passés au cours de l'année courante et des années subséquentes. En outre, tous les régimes de retraite doivent comporter une disposition permettant le remboursement d'un surplus actuariel aux employeurs cotisants. On peut souligner que cette exigence peut empêcher que des problèmes, comme celui qui nous est soumis en l'espèce, se posent dans des régimes créés postérieurement à la circulaire.

La position adoptée dans d'autres ressorts

Le problème du surplus dans les régimes de retraite à prestations déterminées est récent. Toutefois, la question a été examinée par les tribunaux anglais et américains. Il est juste de dire que ces tribunaux sont généralement favorables au retour du surplus à l'employeur.

Les tribunaux britanniques se sont principalement fondés sur les principes du droit des fiducies lorsqu'ils ont tenté de résoudre la question des surplus de régime de retraite. Par exemple, dans l'affaire

All E.R. 563 (Ch. D.), for example, Scott J. applied the doctrine of resulting trust and concluded that a surplus in a contributory defined benefits pension fund should be paid to the employer. He held that the result could be otherwise only if the plan contained a provision expressly excluding return of the funds to the employer. He rejected the argument that a resulting trust operated in favour of the employees in view of their contributions mainly on the ground that what the employees had paid for was the specific benefit received from the fund. See also, *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495 (Ch.D.).

In the United States, the courts look to the terms of the plan documents and the intent of the parties. They also tend to the view that the surplus would represent an unintended windfall profit if it were retained by the employees: *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 v. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (D.C. 1983). Provisions to the effect that amendments to the plan or trust documents may not enable an employer to divert or recover any portion of the trust funds are treated as prohibiting diversion prior to satisfaction of the plan's liabilities, but not thereafter. Once the pensioners are assured of their benefits, the surplus is recoverable by the employer: *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (E.D. Pa. 1977); *Pollock v. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (S.D.N.Y. 1979); *Washington-Baltimore Newspaper Guild; Wilson v. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (4th Cir. 1987). Where courts in the United States have found that a surplus could not be recovered by the employer, they have done so on the basis that the wording of the plan documents unequivocally precluded such recovery: *Bryant v. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (6th Cir. 1986); *Audio Fidelity Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (4th Cir. 1980).

faire *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch. D.), le juge Scott a appliqué le principe de la fiducie par déduction et a conclu que le surplus de la caisse de retraite d'un régime contributif à prestations déterminées devait être versé à l'employeur. Il a statué qu'il ne pourrait en être autrement que si le régime renfermait une disposition excluant expressément la remise des fonds à l'employeur. Il a rejeté l'argument selon lequel une fiducie par déduction jouait en faveur des employés, du fait des cotisations qu'ils avaient versées, principalement pour le motif que ce que les employés avaient payé étaient les prestations précises reçues de la caisse. Voir également, *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495 (Ch.D.).

De leur côté, les tribunaux américains examinent les modalités du régime et l'intention des parties. Ils ont également tendance à considérer que le surplus représenterait un gain fortuit non intentionnel si les employés le conservaient: *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 c. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (D.C. 1983). Les dispositions voulant que les modifications apportées au régime ou aux documents de fiducie ne permettent peut-être pas à l'employeur d'utiliser à d'autres fins ou de recouvrer une partie des fonds en fiducie sont considérées comme interdisant l'utilisation à d'autres fins avant d'avoir satisfait aux obligations du régime, mais non après. Une fois que les prestations sont garanties aux pensionnés, l'employeur peut recouvrer le surplus: *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (E.D. Pa. 1977); *Pollock c. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (S.D.N.Y. 1979); *Washington-Baltimore Newspaper Guild; Wilson c. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (4th Cir. 1987). Lorsque les tribunaux américains ont conclu que l'employeur ne pouvait pas recouvrer un surplus, ils l'ont fait pour le motif que le texte des documents du régime interdisait clairement pareil recouvrement: *Bryant c. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (6th Cir. 1986); *Audio Fidelity Corp. c. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (4th Cir. 1980).

*Consistency with the Right to Use Surplus for a
"Contribution Holiday"*

It has repeatedly been held that employers are entitled to use the surplus in defined benefit plans for purposes of funding their actuarially determined contributions: *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595. Cory J. arrives at the same conclusion in this case.

The obvious question immediately presents itself. If the employer is entitled to use the surplus to fund future contributions, why should the employer be denied the ability to recoup the surplus from previous funding? If, on the other hand, the fund in equity belongs to the employees in some notional sense, how can the employer usurp that interest by using the surplus to discharge its ongoing funding responsibility? Consistency suggests that both past and present funding and entitlement should be treated in the same way.

Some commentators, while recognizing the anomaly of allowing the employer to use the surplus for a contribution holiday but not to recoup past over-contributions from the surplus, argue that, from a "practical and symbolic" point of view, the two questions may be different since "all funds paid into the pension stay there, at least notionally": Bernard Adell, "Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform", *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2 (1988), at p. 242. Cory J. makes a similar point. So, it is suggested, an employer's entitlement to a contribution holiday may "not automatically entitle him to ownership of the actuarial surplus, as well": Nachshen, *supra*, at p. 77.

Nevertheless, it remains true that as a matter of principle, there appears to be no reason why an

*Compatibilité avec le droit d'utiliser un surplus
aux fins d'une «période d'exonération de cotisations»*

Il a été jugé à maintes reprises que l'employeur a le droit de se servir du surplus d'un régime à prestations déterminées pour financer ses cotisations actuarielles: *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595. Le juge Cory arrive à la même conclusion en l'espèce.

Une question évidente se pose immédiatement: si l'employeur a le droit d'utiliser le surplus pour financer des cotisations futures, pourquoi ne lui permettrait-on pas de récupérer le surplus découlant d'un financement antérieur? Si, par contre, en *equity*, la caisse appartient théoriquement aux employés, comment l'employeur peut-il s'approprier ce droit en utilisant le surplus pour s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en matière de financement? La logique commande de traiter de la même façon le financement tant passé qu'actuel ainsi que les droits y relatifs.

Tout en reconnaissant qu'il n'est pas normal de permettre à l'employeur d'utiliser le surplus aux fins d'une période d'exonération de cotisations et de lui interdire de recouvrer les cotisations versées en trop dans le passé, certains commentateurs soutiennent que, d'un point de vue «pratique et symbolique», il peut s'agir de deux questions différentes, puisque [TRADUCTION] «toutes les sommes versées au régime y demeurent, en théorie du moins»: Bernard Adell, «Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform», *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2 (1988), à la p. 242. Le juge Cory fait une remarque similaire. Ainsi, laisse-t-on entendre, il se peut que le droit de l'employeur à une période d'exonération de cotisations [TRADUCTION] «ne lui donne pas droit automatiquement au surplus actuariel également»: Nachshen, *loc. cit.*, à la p. 77.

Néanmoins, il reste qu'en principe il ne semble y avoir aucune raison de ne pas permettre à l'em-

employer permitted to use surplus for ongoing contributions should not be allowed to reclaim the result of past over-contributions from the same surplus.

Summary

Consideration of the nature of defined benefit plans leads to the conclusion that the normal and just result is that surplus in such plans (as distinguished from defined contribution plans) should revert to the employer. Against this background, I turn to the documents which govern this case and the principles of law applicable to them.

Analysis

The Private Regime

Pension plans such as those at issue here are private arrangements bestowed by an employer on employees as a benefit of employment or set up pursuant to agreement between employer and employees. The employees may contribute (contributory plans), or the employer may bear the entire cost (non-contributory plans). The plan may be funded through insurance purchased by the employer for payment of the benefits (an insured plan), or the monies may be placed in a trust (a "trusteed" plan). Whatever form they take, as private contractual or as trust arrangements, the law of contract or trust determines how the funds are distributed. This may be varied by legislation, but in this case that did not occur. We must look to the principles of private law for a solution to the problem of distribution of surpluses. In so far as we are concerned with an agreement, we look to the law of contract; in so far as a trust arises, we look to the law of trusts. We are not concerned with making some new law peculiar to pension surpluses.

The primary rule in construing an agreement or defining the terms of a trust is respect for the

ployeur, qui est autorisé à utiliser le surplus aux fins des cotisations courantes, de récupérer sur le même surplus le montant des cotisations passées versées en trop.

Résumé

L'examen de la nature des régimes à prestations déterminées nous amène à conclure qu'il est juste et normal que le surplus accumulé dans pareils régimes (par opposition aux régimes à cotisations déterminées) revienne à l'employeur. Cela étant, j'examinerai maintenant les documents qui régissent la présente affaire ainsi que les principes juridiques qui leur sont applicables.

Analyse

Le régime privé

Les régimes de retraite comme ceux dont il est ici question sont des ententes privées qui font partie des avantages sociaux que l'employeur accorde aux employés, ou qui sont conclues conformément à une convention entre l'employeur et les employés. Les employés peuvent verser des cotisations (régimes contributifs), ou l'employeur peut assumer tous les coûts (régimes non contributifs). Le régime peut être financé au moyen d'une assurance souscrite par l'employeur en vue du versement de prestations (régime assuré ou garanti), ou les fonds peuvent être détenus en fiducie (régime en fiducie). Quelle que soit la forme du régime, à savoir une entente contractuelle privée ou une fiducie, le droit des contrats ou des fiducies régit la façon dont les fonds sont répartis. Des modifications peuvent être apportées par voie législative, mais cela ne s'est pas produit en l'espèce. Il faut examiner les principes du droit privé pour résoudre le problème de la répartition des surplus. Dans la mesure où une convention est en cause, c'est le droit des contrats qu'il faut examiner; dans la mesure où il existe une fiducie, il faut examiner le droit des fiducies. Nous n'avons pas à établir de nouvelles règles de droit propres aux surplus de caisse de retraite.

La règle fondamentale qui s'applique à l'interprétation d'une convention ou à la définition des

intention of the parties or, in the case of a trust, the intention of the settlor. The task of the court is to examine the language of the documents to ascertain what, on a fair reading, the parties intended. Unless there is a legal reason preventing it, the courts will seek to give effect to that intention. The search for an answer to the problem before us must therefore focus primarily on the documents relating to the plans and the intention of the parties, if any, with respect to a surplus arising under a defined benefits plan.

The Documents

It is my conclusion, after studying the documents and applying them to the plan as it stood at all relevant times, that apart from the reference in the 1978 restatement which provided that surplus should go to the employer, the documents are silent on the question of surplus. There is a dispute about whether the 1978 stipulation was a valid "amendment" to the original trust documents. As I see it, and for the reasons discussed below, it was a valid amendment and, as such, ought to stand. Alternatively, even if the 1978 stipulation were disregarded, the surplus would devolve on the employer under the doctrine of resulting trust.

The crux of the debate is Article V of the 1959 Trust Agreement:

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee shall be made without its consent, and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to pur-

modalités d'une fiducie consiste à respecter l'intention des parties ou, dans le cas d'une fiducie, celle du constituant. Il incombe au tribunal d'examiner le texte des documents pour déterminer, selon une juste interprétation, l'intention des parties. À moins qu'il n'y ait un motif juridique de ne pas le faire, les tribunaux cherchent à mettre à exécution cette intention. Pour répondre au problème qui se pose en l'espèce, il faut donc se concentrer principalement sur les documents relatifs aux régimes et sur l'intention des parties, le cas échéant, en ce qui concerne tout surplus accumulé dans un régime à prestations déterminées.

Les documents

Après avoir étudié les documents et les avoir appliqués au régime qui existait à toute époque pertinente, je conclus qu'à part la disposition de la nouvelle convention de 1978, qui prévoyait qu'un surplus devait revenir à l'employeur, les documents ne disent rien au sujet de la question du surplus. On ne s'entend pas sur la question de savoir si la stipulation de 1978 constituait une «modification» valide des documents de fiducie initiaux. Si je comprends bien et pour les motifs énoncés ci-après, la modification était valide et, partant, elle devrait être maintenue. Subsidiairement, même si on faisait abstraction de la stipulation de 1978, le surplus irait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction.

L'article V de l'acte de fiducie de 1959 constitue le nœud du litige:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition qu'aucune modification de ce genre qui influe sur les droits, les obligations, la rétribution ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effectuée sans son consentement, et à condition que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres

poses other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof. [Emphasis added.]

Moore C.J. upheld in the Court of Appeal, interpreted the underlined portion of Article V as precluding any amendment of the plan which would have the effect of conferring money in the plan to anyone other than the beneficiaries. Reasoning that the surplus here in issue constituted funds under the plan, he concluded that the 1978 amendment was ineffective and that, consequently, the surplus must go to the employees. Cory J., as I understand his reasons, adopts the same approach.

The problematic step in this logical process is the assumption that the surplus arising after conversion to a defined benefit plan in 1966 forms part of the fund to which Article V is addressed. For the reasons outlined earlier, at the time Article V was drafted, there could never be a surplus. It was simply impossible to have a surplus under the defined contribution plan then in place. The surplus was a new entity, created years later as a consequence of converting the plan to a defined benefits plan. The "FUND" referred to in Article V cannot therefore refer to the surplus with which we are concerned. Rather, it refers to the fund in place under the defined contributions scheme. This is apparent from the latter part of Article V, which permits deductions for only those things which would be deductible under a defined contribution policy: "taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof".

With respect, I think Moore C.J. gave a broader scope to Article V of the 1959 Trust Agreement than it can reasonably be made to bear. In effect,

fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes. [Je souligne.]

Le juge en chef Moore, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel, a interprété la partie soulignée de l'article V comme empêchant toute modification du régime qui aurait pour effet de verser les fonds du régime à une autre personne que les bénéficiaires. Estimant que les sommes excédentaires ici en cause constituaient des fonds au sens du régime, il a conclu que la modification de 1978 était sans effet et que ces sommes excédentaires devaient donc être remises aux employés. Le juge Cory, si je comprends bien, adopte le même point de vue.

Le problème qui se pose dans ce processus logique est l'hypothèse selon laquelle le surplus accumulé après la conversion en un régime à prestations déterminées, en 1966, fait partie de la caisse visée par l'article V. Pour les motifs déjà exposés, au moment où l'article V a été rédigé, il ne pouvait guère y avoir de surplus. Il était tout simplement impossible d'avoir un surplus aux termes du régime à cotisations déterminées alors existant. Le surplus était une nouveauté qui était apparue plusieurs années plus tard, à la suite de la conversion en un régime à prestations déterminées. La «CAISSE» mentionnée à l'article V ne peut donc pas viser le surplus ici en cause. Il s'agit plutôt de la caisse qui existait dans le cadre du régime à cotisations déterminées. C'est ce qui ressort de la dernière partie de l'article V, qui permet de déduire uniquement ce qui serait déductible aux termes d'un régime à cotisations déterminées: «impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que [...] frais et [...] rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes».

En toute déférence, je crois que le juge en chef Moore a attribué à l'article V de l'acte de fiducie de 1959 une portée plus large que celle qui peut

he read "FUND", which at the time of drafting could not by definition have included any surplus, as extending to the surplus which later arises under quite a different arrangement.

The problem is a common one. A contract or trust deed is drafted. Later, a new, unanticipated situation arises. The first question is whether the new situation falls within an existing term of the document. Courts facing this question look at the factual context in which it was drafted. They consider the wording against this background to determine whether the new situation can reasonably be said to fall within this clause. If the answer to this question is negative, the court may go on to ask itself whether a term covering the new situation can be implied, whether as a matter of fact, law or custom: see Treitel, *The Law of Contract* (4th ed. 1975), at p. 128. The limiting principle is that the courts will not make a new contract or trust to which the parties have not agreed: *Murphy v. McSorley*, [1929] S.C.R. 542.

In the case at bar, there is nothing in the evidence that suggests that the parties who signed Article V intended it to apply to a surplus which might arise under a conversion of the plan to a defined benefit plan. There is no suggestion that conversion of the plan was foreseen, much less that a surplus might arise under such a scheme. Article V by its terms clearly applies to the specific defined contribution plan which the parties were putting in place in 1959. It refers to a specific "PLAN", the 1959 plan, and, consistent with a defined contribution plan, it treats all funds as falling into one of two categories — benefits payable to the employees and expenses. Finally, to apply Article V to a surplus under the unforeseen defined benefit plan would, for the reasons enunciated earlier, produce a result which, if not anomalous, is out of step with the characteristics of a defined benefits plan and the approach which has been taken to this problem in other jurisdictions. It is

raisonnablement lui être attribuée. En effet, il a interprété le mot «CAISSE», qui, au moment où l'acte a été rédigé, ne pouvait, par définition, inclure un surplus, comme visant le surplus qui a par la suite été accumulé en vertu d'une entente tout à fait différente.

Il s'agit d'un problème courant. Un contrat ou un acte de fiducie est rédigé. Par la suite, une nouvelle situation imprévue survient. Il s'agit d'abord de savoir si la nouvelle situation est visée par une modalité existante du document. Les tribunaux qui sont appelés à trancher cette question examinent le contexte factuel dans lequel cette modalité a été rédigée. Ils en examinent le texte en fonction de ce contexte pour déterminer s'il est raisonnablement possible de dire que la nouvelle situation est visée par la modalité en question. Dans la négative, le tribunal peut alors se demander s'il est possible de déduire l'existence d'une modalité applicable à la nouvelle situation, que ce soit sur le plan des faits, du droit ou de la coutume: voir Treitel, *The Law of Contract* (4^e éd. 1975), à la p. 128. Le principe restrictif veut que les tribunaux ne créent pas un nouveau contrat ou une nouvelle fiducie n'ayant pas reçu l'adhésion des parties: *Murphy c. McSorley*, [1929] R.C.S. 542.

En l'espèce, aucun élément de preuve ne laisse entendre que les parties qui ont signé l'article V voulaient qu'il s'applique au surplus qui pourrait exister par suite de la conversion du régime en un régime à prestations déterminées. On ne laisse pas entendre que la conversion du régime était prévue, et encore moins qu'un surplus pourrait être accumulé aux termes d'un tel régime. Il est clair que, de par son texte même, l'article V s'applique au régime à cotisations déterminées précis que les parties ont instauré en 1959. Il parle d'un «RÉGIME» précis, le régime de 1959, et, conformément à un régime à cotisations déterminées, tous les fonds sont considérés comme tombant dans l'une de deux catégories — les prestations payables aux employés et les frais. Enfin, appliquer l'article V au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées non prévu entraînerait, pour les motifs déjà exposés, un résultat qui, bien que normal, est néanmoins incompatible

not reasonable, in my opinion, to conclude that Article V applies to the surplus that could only develop after conversion of the plan years later to a defined benefit plan.

The same considerations negate the possibility of implying a term that the provisions of Article V apply to the unforeseen surplus. An attempt to imply a term to cover an unforeseen factual situation will generally fail if it is not clear that the parties would have agreed to the term, or where one or both of the parties is shown not to have known of the new situation at the time of contracting: Treitel, *supra*, at pp. 129-130. There is no suggestion that the parties who signed Article V in 1959 knew about the possibility of a surplus; nor can it be said that they would have agreed that it should go to the employees had they foreseen it. Indeed, the inference from the 1978 provision that surplus go to the employer suggests the contrary.

I am thus led to conclude that Article V, drafted in the context of a defined contribution plan, should not be read as applying to the surplus which arose under the later defined benefit plan. It follows that the 1978 provision stipulating that the surplus should go to the employer is valid and determines the issue.

Express Trust

It is argued that the surplus here in question is impressed with an express trust in favour of the employees which prevents the employer from claiming it.

I note initially that this argument must be distinguished from the argument based on the doctrine of resulting trust. The doctrine of resulting trust does not deal with the classic express trust, but is

ble avec les caractéristiques d'un régime à prestations déterminées et avec la façon dont ce problème a été abordé dans d'autres ressorts. À mon avis, il n'est pas raisonnable de conclure que l'article V s'applique au surplus qui ne pouvait exister qu'après la conversion du régime, plusieurs années plus tard, en un régime à prestations déterminées.

Les mêmes considérations nous empêchent de déduire l'existence d'une modalité voulant que les dispositions de l'article V s'appliquent au surplus imprévu. Toute tentative de déduire l'existence d'une modalité applicable à une situation factuelle imprévue échoue généralement, s'il n'est pas clair que les parties auraient souscrit à cette modalité, ou s'il est démontré que l'une ou l'autre des parties, ou les deux, n'étaient pas au courant de la nouvelle situation au moment de la passation du contrat: Treitel, *op. cit.*, aux pp. 129 et 130. On ne laisse pas entendre que les parties qui ont signé l'article V en 1959 étaient au courant de la possibilité d'un surplus, et on ne peut pas dire non plus qu'elles auraient convenu de le remettre aux employés si elles avaient prévu son existence. En fait, la déduction qui est faite à partir de la disposition de 1978, selon laquelle le surplus revient à l'employeur, laisse entendre le contraire.

J'en arrive donc à conclure que l'article V, rédigé dans le contexte d'un régime à cotisations déterminées, ne devrait pas être interprété comme s'appliquant au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées subséquent. Il s'ensuit que la disposition de 1978 portant que le surplus devrait revenir à l'employeur est valide et règle la question.

La fiducie expresse

On soutient que le surplus ici en cause est assujéti à une fiducie expresse en faveur des employés, ce qui empêche l'employeur de le réclamer.

Je remarque d'abord qu'il faut faire une distinction entre cet argument et celui fondé sur le principe de la fiducie par déduction. Ce principe ne vise pas la fiducie expresse classique, mais consti-

rather an equitable doctrine permitting those who have an interest in funds held in the name of another to recover them. In the first case we are concerned with the interpretation of terms of an express trust document; in the latter about the application of a legal (equitable) doctrine to a given situation.

The 1959 plan created a trust. All contributions were made subject to the trust. This did not mean, however, that all contributions were payable to the employees. Under the 1959 plan, expenses and administrative fees were payable to those who earned them, and the balance was payable to the beneficiaries. Consistent with a defined contribution plan, these were the only two classes of disbursements.

When the plan was changed in 1966 to a defined benefits plan, the nature of the trust necessarily changed. For one thing, the two accounts which the trustee was obliged to hold under the 1959 plan, the Employee's Account and the Company Account, no longer made sense and were necessarily collapsed. For another, the benefits payable to the employees were redefined. The trustee's former obligation to pay out the balance in the member's share of the two accounts after expenses, was replaced with a new and different obligation to pay out the defined benefits. And finally, as the fund continued to operate in its new form, there appeared a new element; the surplus which accumulated from year to year.

It appears that when the change was first made from a defined contribution to a defined benefit plan, no thought was given to the question of surplus. Certainly the 1966 plan made no reference to surplus. In theory, the actuarial projections should be so perfect that a surplus does not arise. But in reality, as the years passed, it became evident that a surplus was being generated. This new situation needed to be addressed. The response was the 1978 stipulation that any surplus which existed after all defined benefits and expenses had been met, was payable to the employer.

tue plutôt un principe d'*equity* permettant à ceux qui ont un droit sur des fonds détenus au nom d'une autre personne, de les recouvrer. Il s'agit, dans le premier cas, d'interpréter les modalités d'un document de fiducie expresse et, dans l'autre cas, d'appliquer un principe juridique (d'*equity*) à une situation donnée.

Le régime de 1959 créait une fiducie. Toutes les cotisations étaient assujetties à la fiducie. Toutefois, cela ne voulait pas dire qu'elles étaient toutes payables aux employés. Aux termes du régime de 1959, les dépenses et les frais d'administration devaient être payés à qui de droit, et le solde était payable aux bénéficiaires. Conformément à un régime à cotisations déterminées, c'étaient là les deux seules catégories de débours.

En 1966, lorsque le régime a été converti en un régime à prestations déterminées, la nature de la fiducie a nécessairement changé. D'une part, les deux comptes que le fiduciaire était obligé de tenir aux termes du régime de 1959, à savoir le compte d'employé et le compte de la compagnie, n'avaient plus de raison d'être et ont nécessairement été fermés. Par ailleurs, les prestations payables aux employés ont été redéfinies. L'ancienne obligation qui incombait au fiduciaire de verser le solde dans la partie des deux comptes qui revenait au participant une fois les frais payés, a été remplacée par une nouvelle obligation différente, celle de payer les prestations déterminées. Enfin, au fur et à mesure que le fonds a continué d'exister sous sa nouvelle forme, un nouvel élément est apparu: le surplus qui s'accumulait d'une année à l'autre.

Il appert que lorsque le régime à cotisations déterminées a, pour la première fois, été converti en un régime à prestations déterminées, on n'a pas songé à la question du surplus. Il est sûr que le régime de 1966 ne parlait pas d'un surplus. En théorie, les prévisions actuarielles devaient être si parfaites qu'aucun surplus ne s'accumulerait. Mais, en réalité, au fil des ans, il est devenu évident qu'un surplus était généré. Il fallait remédier à cette nouvelle situation, ce qu'on a fait au moyen de la stipulation de 1978 voulant que tout surplus existant, une fois payés toutes les prestations déterminées et tous les frais, revenait à l'employeur.

Against this background, we return to the obligations on the trustee. The situation, as I see it, was this. Under the 1966 plan the trustee was obliged to pay defined benefits to each entitled employee. The trustee was further required to pay all administrative expenses of the trust. In addition to these two obligations, however, the trustee, as the years passed, found itself holding a third fund which was attached neither by the obligation to pay out benefits nor the obligation to pay expenses — the accumulating surplus. The original trust documents did not contemplate this fund and gave no guidance as to what to do with it.

The trustee was left with the following options with respect to the surplus. Prior to the 1978 stipulation, the trustee's only option, had the question of distribution of surplus arisen, would have been to apply to the court for a ruling. Had this occurred, the appropriate ruling would have been that it go to the employer on the principles of resulting trust, for the reasons discussed below. As it happened, however, a stipulation that the surplus go to the employer was made before the question of surplus distribution arose. For the reasons discussed earlier, that stipulation was valid. It follows that the surplus goes to the employer pursuant to the 1978 amendment.

It is contended that payment of the surplus to the employer constitutes revocation of a trust and that a trust cannot be revoked without express wording so permitting. This argument, however, fails because the surplus was an unanticipated development which was never contemplated by the original trust and was not addressed by any changes to the trust until 1978. The error in the respondents' submissions, as I see it, lies in assuming that the 1959 trust provisions apply to a surplus. In fact, they do not. All contributions fell into the trust, but to stop the analysis there is to beg the critical question: what was the trustee to do with the portion of the fund which became surplus after conversion of the plan to a defined benefit plan? The answer to that question does not amount to revocation of a

C'est dans ce contexte que nous revenons aux obligations du fiduciaire. À mon avis, la situation était la suivante: aux termes du régime de 1966, le fiduciaire était tenu de verser des prestations déterminées à chaque employé qui y avait droit. Le fiduciaire était en outre tenu de payer tous les frais d'administration de la fiducie. Toutefois, en plus de ces deux obligations, le fiduciaire en est venu, au fil des ans, à détenir un troisième fonds qui n'était assorti ni de l'obligation de verser des prestations ni de l'obligation de payer les frais, soit les sommes excédentaires. Les documents de fiducie initiaux ne prévoyaient pas l'existence de ce fonds et n'indiquaient pas ce qu'on devait en faire.

En ce qui concerne le surplus, le fiduciaire avait les choix suivants: avant la stipulation de 1978, si la question de la répartition du surplus s'était posée, le fiduciaire aurait uniquement pu demander aux tribunaux de rendre une décision à cet égard. Le cas échéant, la décision appropriée aurait été de remettre ce surplus à l'employeur, en vertu des principes de la fiducie par déduction, et ce, pour les motifs exposés plus loin. Toutefois, une stipulation que le surplus revenait à l'employeur a été faite avant que la question de la répartition du surplus ne se pose. Pour les motifs énoncés plus haut, cette stipulation était valide. Il s'ensuit que le surplus revient à l'employeur conformément à la modification de 1978.

On soutient que le versement des sommes excédentaires à l'employeur constitue une révocation de fiducie et qu'en l'absence de disposition expresse, il est impossible de révoquer une fiducie. Toutefois, cet argument doit être rejeté parce que le surplus était imprévu et n'avait jamais été envisagé dans la fiducie initiale, et du fait que ce n'est qu'en 1978 que cette question a été réglée au moyen d'une modification de la fiducie. À mon avis, les arguments des intimés sont erronés en ce sens qu'ils supposent que les dispositions de la fiducie de 1959 s'appliquent à un surplus, alors qu'en réalité ce n'est pas le cas. Toutes les cotisations tombaient dans la fiducie, mais si l'on ne s'en tient qu'à cela, on élude la question cruciale de savoir ce que le fiduciaire devait faire des fonds excéden-

trust, as the respondents suggest. Rather, it amounts to fulfilling the trust.

I conclude that the terms of the trust did not require that the surplus in question be paid to the employees. In 1966, when the possibility of a surplus first arose, the trust provided no guidance as to where a surplus would go in the event of termination. The 1978 amendment made it clear that it was payable to the employer. Therefore, under the terms of the trust, the employer is entitled to the surplus.

Resulting Trust

I have argued that under the terms of the governing documentation, and in particular the 1978 amendment which I consider valid, surplus contributions are returnable to the employer. If I were wrong in concluding that the documentation requires this result, the same conclusion would nevertheless flow from application of the doctrine of resulting trust.

Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 299, describes the concept of resulting trust as follows:

... a resulting trust arises whenever legal or equitable title to property is in one party's name, but that party, because he is a fiduciary or gave no value for the property, is under an obligation to return it to the original title owner, or to the person who *did* give value for it. [Emphasis in original.]

The concept of resulting trust does not depend on there being an express trust in existence. However, one of its applications is in the case where residual monies not designated to a particular person or purposes arise in an express trust. Where this happens in a charitable trust, the courts will order the residual sum *cy-près*, among all the creditors. Where the trust is non-charitable, the sum

taires après la conversion du régime en un régime à prestations déterminées. La réponse à cette question ne revient pas à révoquer une fiducie, comme les intimés le laissent entendre. Elle revient plutôt à exécuter la fiducie.

Je conclus que les modalités de la fiducie n'exigeaient pas que le surplus en question soit versé aux employés. En 1966, lorsque la possibilité d'un surplus s'est manifestée pour la première fois, la fiducie n'indiquait pas ce qu'il adviendrait d'un surplus en cas de cessation du régime. Il est ressorti clairement de la modification de 1978 qu'il était payable à l'employeur. Par conséquent, aux termes de la fiducie, l'employeur a droit aux sommes excédentaires.

La fiducie par déduction

J'ai soutenu qu'en vertu des documents pertinents et, en particulier, de la modification de 1978 que je considère valide, les cotisations excédentaires doivent retourner à l'employeur. Si je commettais une erreur en concluant que les documents commandent ce résultat, la même conclusion découlerait néanmoins de l'application du principe de la fiducie par déduction.

À la page 299 de *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), Waters décrit ainsi la notion de fiducie par déduction:

[TRADUCTION] ... une fiducie par déduction naît dès que le titre de propriété du bien, en common law ou en equity, est au nom d'une partie et que cette dernière, parce qu'elle est fiduciaire ou qu'elle n'a pas remis de contrepartie pour le bien, est tenue de restituer le bien en question au détenteur initial du titre, ou à la personne qui a donné une contrepartie pour ce bien. [En italique dans l'original.]

La notion de fiducie par déduction ne dépend pas de l'existence d'une fiducie expresse. Toutefois, elle s'applique notamment dans le cas où il y a, dans une fiducie expresse, des sommes restantes non attribuées à une personne ou à des fins particulières. Lorsque cela se produit dans le cadre d'une fiducie caritative, les tribunaux ordonnent que la somme restante soit autant que possible répartie

generally reverts to the settlor: see *Waters, supra*, at p. 322.

If the 1978 amendment as to surplus is invalid, these principles suggest that the doctrine of resulting trust requires that the surplus be available to the employer. The employer was responsible for ensuring a fund sufficient to meet all defined benefits owing to employees. As it turns out, the employer paid more than required for the purpose of the trust, the provision of benefits to all eligible employees. The residual sum should therefore return to the employer.

As noted earlier, the doctrine of resulting trust has been applied to this situation in Great Britain, with the result that surplus funds in defined benefit pension plans have been ordered paid to the employer. It has also been applied in Canada. The case of *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), raised similar issues as those before us. The first question was the validity of an amendment directing that surplus should revert to the employer. Gould J. found that the attempted amendment in that case was invalid. However, he went on to hold that the surplus reverted to the employer under the doctrine of resulting trust. He stated, at p. 111:

The method which the board has employed [directors' resolution to allow reversion] does not accomplish the purpose for which it was intended. If this method is ineffectual, how then must the money remaining in the fund be distributed?

The purposes of this trust simply did not exhaust the fund and the outcome here, i.e., a surplus balance of \$31,163.38, was not foreseen by the respondent Dependable. The situation appears to be one where a resulting trust arises by operation of the law. [Emphasis added.]

entre tous les créanciers. Dans les autres cas, la somme revient généralement au constituant: voir *Waters, op. cit.*, à la p. 322.

Si la modification de 1978 concernant le surplus est invalide, ces principes laissent entendre que la règle de la fiducie par déduction exige que l'employeur puisse récupérer le surplus. Ce dernier était chargé de garantir que la caisse serait suffisante pour verser toutes les prestations déterminées qui seraient dues aux employés. En fin de compte, l'employeur a payé plus que ce qui était nécessaire pour réaliser l'objet de la fiducie, soit le versement des prestations à tous les employés admissibles. La somme restante devrait donc lui être remise.

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux de Grande-Bretagne ont appliqué, en pareil cas, le principe de la fiducie par déduction, de sorte qu'ils ont ordonné que les fonds excédentaires accumulés dans un régime de retraite à prestations déterminées soient remis à l'employeur. Les tribunaux canadiens ont également appliqué ce principe. L'affaire *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (C.S.C.-B.), soulevait des questions semblables à celles qui se posent en l'espèce. La première se rapportait à la validité d'une modification prévoyant que tout surplus devait être remis à l'employeur. Le juge Gould a conclu que la modification que l'on a tenté d'apporter dans ce cas-là n'était pas valide. Toutefois, il a ajouté que le surplus revenait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction. Voici ce qu'il affirme, à la p. 111:

[TRADUCTION] La méthode que le conseil a employée [à savoir la résolution des administrateurs autorisant la réversion] ne permet pas d'atteindre la fin visée. Si cette méthode est inefficace, comment faut-il répartir les sommes qui restent dans la caisse?

La réalisation des objets de cette fiducie n'a simplement pas permis d'épuiser le fonds et l'intimée Dependable n'avait pas prévu le résultat auquel on est arrivé en l'espèce, c.-à-d. le solde excédentaire de 31 163,38 \$. Il paraît s'agir d'une situation où une fiducie par déduction prend naissance en vertu de la loi. [Je souligne.]

My colleague seeks to distinguish this case on two grounds. He questions Gould J.'s conclusion that there could be a resulting trust in favour of the employer because of a clause in the plan providing that no amendment "shall permit any part of the trust fund to revert to or to be recoverable by the Company" (p. 110). But Gould J. was not talking about reversion under an amendment (having found the attempt to amend had failed), but rather about reversion by operation of law. My colleague also points to the fact that unlike the plan at bar, the plan in *Cantol* was non-contributory. But as we have seen, even where employees contribute to a defined benefit plan, that contribution is taken to be fully satisfied by receipt of the defined benefits: *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, *supra*. Once the defined obligations to the employees have been paid, it is difficult to argue that the employees have an interest in the surplus on the basis of a resulting trust in their favour. It is in the nature of a defined benefit that it represents a fixed amount to which the employee is entitled from the plan. The employee accepts this fixed amount in lieu of the greater or lesser amounts he or she might obtain on a defined contribution plan. Generally, this is thought to be in the employee's interest.

To put it another way, once the stipulated benefit is paid, the employee is no longer a beneficiary — he or she has exhausted his or her rights under the plan. As Gould J. put it in *Cantol*, at p. 111, "[a]ll of the beneficiaries have been paid off in accordance with [the trust] provisions, and no beneficiaries remain in any of the categories". Moreover, the complications of holding otherwise appear significant. As Scott J. points out in *Davis*, *supra*, at p. 595, different employees contribute different amounts, and often receive benefits disproportionate to their contributions, depending on when they started working, how long they have been work-

Mon collègue cherche à faire une distinction d'avec la présente affaire, pour deux motifs. Il remet en question la conclusion du juge Gould qu'il pourrait y avoir une fiducie par déduction en faveur de l'employeur, en raison d'une clause du régime prévoyant qu'aucune modification [TRADUCTION] «ne doit permettre qu'une partie du fonds en fiducie soit retournée à la compagnie ou récupérable par cette dernière» (p. 110). Cependant, le juge Gould ne parlait pas de réversion en vertu d'une modification (puisque'il avait conclu que la tentative de modification avait échoué), mais plutôt de réversion par application de la loi. Mon collègue souligne également que, contrairement au régime ici en cause, le régime, dans l'affaire *Cantol*, était un régime non contributif. Cependant, comme nous l'avons vu, même lorsque les employés cotisent à un régime à prestations déterminées, leurs cotisations sont considérées comme pleinement remboursées grâce à la réception des prestations déterminées: *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, précité. Une fois qu'on a satisfait aux obligations déterminées envers les employés, on peut difficilement soutenir que les employés ont droit au surplus en raison de l'existence d'une fiducie par déduction en leur faveur. De par sa nature même, une prestation déterminée représente un montant fixe auquel l'employé a droit en vertu du régime. L'employé accepte ce montant fixe au lieu des sommes supérieures ou inférieures qu'il pourrait obtenir dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées. En général, on estime que cela est dans l'intérêt de l'employé.

Autrement dit, une fois que les prestations prévues sont versées, l'employé n'est plus un bénéficiaire — il a épuisé les droits que lui conférait le régime. Comme le juge Gould l'affirme dans la décision *Cantol*, à la p. 111, [TRADUCTION] «[t]ous les bénéficiaires ont été payés conformément aux dispositions [de la fiducie] et il ne reste aucun bénéficiaire, quelle que soit la catégorie». En outre, les complications qui résulteraient d'une décision contraire paraissent importantes. Comme le juge Scott le souligne dans la décision *Davis*, précitée, à la p. 595, le montant des cotisations varie d'un employé à l'autre et les prestations tou-

ing, and other factors. The task of restoring to each employee his or her fair share of any surplus would be impossible. I can do no better than echo the query of Scott J.: "How can a resulting trust work as between the various employees inter se? I do not think it can and I do not see why equity should impute to them an intention that would lead to an unworkable result."

Conclusion

I conclude that the surplus in the Catalytic plan should revert to the employer. It is not touched by Article V of the 1959 agreement, with the result that the 1978 provision for its disposition is determinative. There is nothing in the Trust Agreement which requires its return to the beneficiaries, once their stipulated entitlement under the agreement has been fully met. If, in the alternative, the 1978 provision does not settle the matter, the doctrine of resulting trust would require that the surplus revert to the employer.

I would dispose of the appeals as proposed by Cory J., except on the question of the distribution of surplus in the Catalytic fund, where I would allow the appeal with costs.

The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting in part.

The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to the entitlement of Air Products Canada Ltd. to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

chées sont souvent disproportionnées aux cotisations, selon le moment où l'employé a commencé à travailler, la période pendant laquelle il a travaillé et d'autres facteurs. Il serait impossible de remettre à chaque employé sa juste part de toute somme excédentaire. Je me contenterai de rappeler les remarques du juge Scott: [TRADUCTION] «Comment une fiducie par déduction peut-elle s'appliquer entre les divers employés? Je ne crois pas qu'elle le puisse et je ne vois pas pourquoi l'*equity* devrait leur imputer une intention qui entraînerait un résultat impossible.»

Conclusion

Je conclus que le surplus du régime de Catalytic devrait retourner à l'employeur. Ce surplus n'est pas visé par l'article V de l'acte de 1959, de sorte que la disposition de 1978 relative à son aliénation est déterminante. Rien dans l'acte de fiducie n'exige la remise du surplus aux bénéficiaires, une fois qu'on a satisfait pleinement au droit que leur confère l'acte. Si, par contre, la disposition de 1978 ne règle pas la question, le surplus devrait retourner à l'employeur selon le principe de la fiducie par déduction.

Je suis d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory, sauf pour ce qui est de la répartition du surplus de la caisse de Catalytic, au sujet de laquelle j'accueillerais le pourvoi avec dépens.

Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli. Les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents en partie.

Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Solicitors for Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley: Borden & Elliott, Toronto.

Solicitors for the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans: Code, Hunter, Calgary.

Solicitors for Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs d'Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley: Borden & Elliott, Toronto.

Procureurs des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.: Code, Hunter, Calgary.

Procureurs de Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1994 Vol. 2

5^e cahier, 1994 Vol. 2

Cited as [1994] 2 S.C.R. 715-898

Renvoi [1994] 2 R.C.S. 715-898

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Marzetti v. Marzetti..... 765

Bankruptcy — Priority — Post-bankruptcy income tax refund — Husband ordered to pay monthly amount for child and spousal support to Director of Maintenance Enforcement — Husband later filing voluntary assignment in bankruptcy and assigning post-bankruptcy income tax refund to trustee — Director filing notice of continuing attachment against federal Crown — Whether income tax refund properly payable to trustee or to Director — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67, 68.

R. v. Chartrand..... 864

Criminal law — Abduction of person under fourteen — Elements of offence — Meaning of word "unlawfully" in English text of s. 281 of Criminal Code — Whether Crown must prove additional unlawful act beyond taking of child by stranger — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 281.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Marzetti c. Marzetti..... 765

Faillite — Ordre de priorité — Remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu — Mari condamné à verser au directeur de l'exécution des ordonnances de soutien une pension alimentaire mensuelle pour ses enfants et son épouse — Mari produisant par la suite une cession volontaire de ses biens et cédant au syndic son remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu — Directeur produisant un avis de saisie-arrest continue à l'encontre de la Couronne fédérale — Le remboursement d'impôt sur le revenu était-il à bon droit payable au syndic ou au directeur? — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67, 68.

R. c. Chartrand..... 864

Droit criminel — Enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans — Éléments de l'infraction — Signification du mot «unlawfully» dans le texte anglais de l'art. 281 du Code criminel — Le ministère public doit-il établir la perpétration d'un acte illégal autre que l'enlèvement d'un enfant par un étranger? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 281.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Abduction of person under fourteen — *Mens rea* — Whether sufficient to establish that taker knew or foresaw that his actions would be certain or substantially certain to result in parents being deprived of ability to exercise control over their child — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 281.

R. v. Clemente..... 758

Criminal law — Uttering death threats — *Mens rea* — Whether words must be uttered with the intent to intimidate or instill fear or whether sufficient to show threat uttered with the intent that it be taken seriously — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. François..... 827

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused charged with rape — Complainant's evidence containing inconsistencies concerning number of times she was raped and conflicting with prior sworn statements indicating that she had never been sexually abused — Complainant offering explanations for inconsistencies — Accused not testifying in his defence — Whether guilty verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Evidence — Inferences — Failure to testify — Accused charged with rape — Complainant's evidence containing several inconsistencies — Complainant offering explanations for inconsistencies — Accused not testifying in his defence — Jury during deliberation asking trial judge for clarification on accused's right to testify — Guilty verdict rendered shortly after trial judge's answer to jury's question — Whether jury drew improper inference from accused's failure to testify.

Reference re Quebec Sales Tax..... 715

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Taxation — Provincial sales tax — Proposed amendments to Quebec sales tax designed to transform it into tax similar to federal goods and services tax — Whether proposed amendments within legislative authority of province — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

Tataryn v. Tataryn Estate..... 807

Wills — Variation — Testator having statutory duty to make adequate provision for proper maintenance and support of surviving spouse and children — Testator leaving wife only life estate in matrimonial home and benefit of discretionary trust — Whether courts below failed to provide for wife appropriately in varying will — Meaning of "adequate, just and equitable in the circumstances" — Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, c. 435, s. 2(1).

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans — *Mens rea* — Est-il suffisant d'établir que la personne qui a enlevé l'enfant savait ou avait prévu qu'il était certain ou presque certain que ses actes priveraient les parents de la capacité d'exercer leur contrôle sur l'enfant? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 281.

R. c. Clemente..... 758

Droit criminel — Menaces de mort — *Mens rea* — Les paroles doivent-elles être prononcées avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte ou suffit-il de démontrer que la menace a été proférée avec l'intention qu'elle soit prise au sérieux? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)a).

R. c. François..... 827

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusation de viol — Témoignage de la plaignante contenant des incohérences au sujet du nombre de fois où elle a été violée et contredisant des déclarations antérieures faites sous serment selon lesquelles elle n'avait jamais été victime d'abus sexuels — Explications de la plaignante au sujet des incohérences — Accusé ne témoignant pas pour sa défense — Le verdict de culpabilité était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Preuve — Conclusions — Omission de témoigner — Accusation de viol — Plusieurs incohérences dans le témoignage de la plaignante — Explications de la plaignante au sujet des incohérences — Accusé ne témoignant pas pour sa défense — Jurés en délibération demandant au juge du procès des précisions sur le droit de témoigner de l'accusé — Verdict de culpabilité rendu peu après la réponse du juge du procès à la question des jurés — Les jurés ont-ils tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'accusé?

Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec 715

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Taxation — Taxe de vente provinciale — Modifications proposées visant à transformer la taxe de vente du Québec en une taxe semblable à la taxe fédérale sur les produits et services — Les modifications proposées relèvent-elles de la compétence législative de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

Tataryn c. Succession Tataryn 807

Testaments — Modification — Testateur tenu par la loi de pourvoir convenablement à l'entretien et à la subsistance raisonnables du conjoint et des enfants survivants — Testateur n'ayant laissé à son épouse qu'un domaine viager sur la résidence familiale et le bénéfice d'une fiducie discrétionnaire — Les juridictions inférieures ont-elles omis de pourvoir convenablement aux besoins de l'épouse en modifiant le testament? — Signification de l'expression "convenable, juste et équitable dans les circonstances" — Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 435, art. 2(1).

IN THE MATTER OF Section 53 of the
Supreme Court Act;

AND IN THE MATTER OF the questions
referred by the Governor in Council
concerning the authority of the Legislature
of Quebec or of the Legislature of a
Province to enact legislation imposing a tax
similar to the goods and services tax
imposed by Part IX of the *Excise Tax Act*,
by Order in Council P.C. 1993-1740 dated
the 26th day of August 1993;

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General of Quebec** *Interveners*

and

Wilfrid Lefebvre, Q.C. *Amicus curiae*

INDEXED AS: REFERENCE RE QUEBEC SALES TAX

File No.: 23690.

1993: December 9; 1994: June 23.

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

REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Taxation — Provincial sales tax — Proposed amendments to Quebec sales tax designed to transform it into tax similar to federal goods and services tax — Whether proposed amendments within legislative authority of province — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

The Governor General in Council referred to this Court two questions concerning the constitutional validity of proposed amendments to Quebec's sales tax ("QST") designed to transform the QST into a tax similar in all essential respects to the federal goods and services tax ("GST"). Under the proposed amendments, every purchaser of a taxable supply must pay a tax equal to 8 percent of the value of the consideration given for

DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*;

ET DANS L'AFFAIRE DES questions
soumises par le gouverneur en conseil sur la
compétence de la législature du Québec ou
de la législature d'une province d'adopter
une loi imposant une taxe similaire à la taxe
sur les produits et services imposée par la
partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, par
le décret C.P. 1993-1740 en date du 26 août
1993;

et

**Le procureur général du Canada et le
procureur général du Québec** *Intervenants*

et

Wilfrid Lefebvre, c.r. *Amicus curiae*

**RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA TAXE DE VENTE DU
QUÉBEC**

N° du greffe: 23690.

1993: 9 décembre; 1994: 23 juin.

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

RENOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Taxation — Taxe de vente provinciale — Modifications proposées visant à transformer la taxe de vente du Québec en une taxe semblable à la taxe fédérale sur les produits et services — Les modifications proposées relèvent-elles de la compétence législative de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

Le gouverneur général en conseil a soumis à notre Cour deux questions concernant la constitutionnalité des modifications proposées à la taxe de vente du Québec («TVQ»), qui visent à transformer la TVQ en une taxe qui, pour l'essentiel, serait semblable à la taxe fédérale sur les produits et services («TPS»). En vertu des modifications proposées, tout acquéreur d'une fourniture taxable doit payer une taxe égale à 8 pour 100 de la con-

the supply. As with the GST, a purchaser who uses the good or service in the production of other taxable supplies will be entitled to a refund from the government equal to the amount of tax initially paid on its inputs. Zero-rated supplies will be subject to the tax in the same way as any other taxable supply as they move through the production chain to the ultimate consumer, but the consumer will pay a tax set at 0 percent, and suppliers will be entitled to the input tax refund. In contrast to zero-rated supplies, the vendor of an exempt supply will not be entitled to the input tax refund. The collection of the tax will be assured by every person engaged in commercial activities who makes a taxable supply. The persons collecting the tax are agents of the Minister of Revenue and are required to be registered with the Minister. Small suppliers — those whose annual revenues are less than \$30,000 — will be exempted from the obligation to register and thus collect the tax.

The questions referred to this Court read as follows:

1. Is it within the legislative authority of the Legislature of Quebec to impose, by way of provisions similar to those in the schedule attached hereto, a tax in respect of the supply of property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of making a new supply of it, or in respect of the supply of a property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of its becoming a component part of another property or service to be supplied by the recipient, particularly in view of the input tax refund provisions? If not, in what particular or particulars and to what extent?
2. Is it within the legislative authority of the Legislature of a Province to impose a tax within the province similar to the goods and services tax imposed pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX, as amended by S.C. 1990, c. 45? If not, in what particular or particulars and to what extent?

Held: Both questions should be answered in the affirmative.

The proposed tax could be validly adopted by the Quebec legislature pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The fact that the tax is recouped through a series of indemnifications before the good reaches the final consumer does not make it an indirect tax for constitutional purposes. Imposing the tax at each level in

trepartie de la fourniture. Comme dans le cas de la TPS, l'acquéreur qui utilise le bien ou service pour la production d'autres fournitures taxables aura droit à un remboursement du gouvernement, d'un montant égal à la taxe initialement payée sur les intrants. La taxe frappe les fournitures détaxées comme toute autre fourniture taxable, tout au long de la chaîne de production jusqu'au consommateur ultime, mais la taxe imposée au consommateur est fixée à 0 pour 100 et les fournisseurs ont droit au remboursement de la taxe sur les intrants. Contrairement au vendeur de fournitures détaxées, le vendeur d'une fourniture exonérée n'a pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants. La perception de la taxe relève de toute personne qui exerce une activité commerciale et effectue une fourniture taxable. Les personnes qui perçoivent la taxe sont les mandataires du ministre du Revenu et doivent s'inscrire auprès du Ministre. Les petits fournisseurs — les personnes dont les revenus annuels sont inférieurs à 30 000 \$ — sont exemptés de l'obligation de s'inscrire et, en conséquence, de celle de percevoir la taxe.

Voici les deux questions soumises à notre Cour:

1. La législature du Québec est-elle compétente pour imposer, selon des modalités semblables à celles contenues au document produit en annexe, une taxe à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin d'en effectuer à nouveau la fourniture, ou à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin qu'il soit composant d'un autre bien ou d'un autre service dont il effectuera la fourniture, compte tenu notamment des modalités relatives au remboursement de la taxe sur les intrants? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?
2. La législature d'une province est-elle compétente pour adopter une loi visant à imposer une taxe, à l'intérieur de la province, similaire à la taxe sur les produits et services imposée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. (1990), ch. 45? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Arrêt: Les deux questions reçoivent une réponse affirmative.

La législature du Québec pourrait adopter la taxe proposée dans le respect du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne s'agit pas, aux fins de la Constitution, d'une taxe indirecte du fait qu'elle est récupérée au moyen d'une série de prélèvements avant que le produit n'atteigne le consommateur final. Exiger le paie-

the consumption chain is simply a method of tax collection by instalments. The reimbursement of the tax initially "paid" through the mechanism of the input tax refund means that there is no tax to be passed on. Since the person who ultimately pays the tax is the one intended to bear the burden, the tax is direct. While registrants are likely to pass on to consumers the administrative burdens they bear as tax collectors, these burdens are not taxes. Nor will the proposed tax result in taxation of persons outside the province by indirect means. Since a supply shipped outside Quebec is identified as a zero-rated supply, no tax is collected from the recipient and the registrant making the supply is eligible for an input tax refund corresponding to the tax initially paid. The fact that someone might not bother claiming the exemption and would thereby pass on the tax to consumers in other provinces would not alter the general tendency of the tax.

The exemption in the draft legislation for zero-rated supplies does not give rise to an indirect tax since it is simply an application of the general regime with a tax rate of zero. The ultimate consumer of zero-rated supplies pays no tax, while the person supplying the good or service is entitled to the input tax refund for any tax paid prior to making the zero-rated supply. Exempt supplies are similar in that the person receiving such supplies does not pay any tax, but the suppliers of exempt supplies are generally not entitled to the input tax refund, raising the possibility that they might seek to recover the amount paid from the ultimate consumer. Since nearly all the exempt supplies enumerated are services, however, virtually all of their inputs must be "transformed" before they are resold. It will therefore be impossible for the tax to be passed on with the good or service. While there will clearly be exceptions to this general characterization of services as necessarily involving transformation or consumption, the general tendency of this exemption is to create a direct tax consistent with the constitutional imperatives recognized in earlier decisions.

The exemption of small suppliers from the obligation to register with the Minister of Revenue and collect the tax on the Minister's behalf would, standing alone, unquestionably have the effect of creating indirect tax-

ment de la taxe à chaque étape de la chaîne de consommation constitue simplement un mode de perception de la taxe par versements. Vu que la taxe initialement «payée» est remboursée par le biais du remboursement de la taxe sur les intrants, aucune taxe n'est alors reportée sur autrui. Puisque la personne qui paie la taxe en bout de ligne est celle qui devait en assumer le fardeau, il s'agit d'une taxe directe. Même si les inscrits reportent vraisemblablement sur les consommateurs les fardeaux administratifs qu'ils assument en leur qualité de percepteurs d'impôt, ces fardeaux ne sont pas des taxes. La taxe proposée n'entraînera pas non plus la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des moyens détournés. Puisque la fourniture expédiée hors du Québec est une fourniture détaxée, aucune taxe n'est perçue auprès de la personne qui la reçoit et, pour sa part, l'inscrit effectuant la fourniture a droit à un remboursement de taxe sur les intrants correspondant à la taxe initialement payée. L'effet général de la taxe ne saurait changer du simple fait qu'une personne ne se donne pas la peine de réclamer l'exemption et reporte ainsi la taxe sur les consommateurs dans d'autres provinces.

L'exemption prévue dans l'avant-projet de loi pour les fournitures détaxées ne donne pas naissance à une taxe indirecte puisqu'elle reflète simplement l'application du régime général lorsque le taux de taxe est nul. Le consommateur final d'une fourniture détaxée ne paie aucune taxe, alors que la personne qui fournit le produit ou le service a droit à un remboursement de la taxe sur les intrants relativement à toute taxe payée avant la fabrication de la fourniture détaxée. Les fournitures exonérées sont similaires du fait que la personne qui les reçoit ne paie aucune taxe; cependant, les fournisseurs de fournitures exonérées n'ont généralement pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants, d'où la possibilité qu'ils cherchent à recouvrer auprès du consommateur final le montant payé. Toutefois, les fournitures exonérées qui sont énumérées étant à quelques exceptions près des services, pratiquement tous les intrants de ces fournitures doivent être «transformés» avant leur revente. Il sera donc impossible de reporter la taxe sur autrui avec le produit ou service en question. Même s'il y aura évidemment des exceptions à cette qualification générale voulant que les services comportent nécessairement une transformation ou une consommation, cette exemption a pour effet général de créer une taxe directe compatible avec les impératifs constitutionnels reconnus dans les décisions antérieures.

L'exemption du petit fournisseur de l'obligation de s'inscrire auprès du ministre du Revenu et de percevoir la taxe pour le compte de celui-ci aurait certes, prise isolément, l'effet de donner lieu à une taxe indirecte. Le

tion. Small suppliers are required to pay the tax on the goods they purchase and unless they choose to register and incur the accompanying administrative costs, they will not be eligible for the input tax refund and will inevitably seek to recoup any money they pay from the consumers of their products. This fact does not, however, alter the general tendency of the tax. The exemption recognizes non-compliance with the tax scheme by certain small suppliers who face prohibitive costs of administration. The statistics relating to the importance of small suppliers in the total value of taxable supplies demonstrate that their position is exceptional in the overall scheme. The exemption is thus simply an incidental element of the efficient administration of the proposed tax.

Cases Cited

Referred to: *Reference Re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Brewers and Maltsters' Association v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619; *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation, S.Q. 1991, c. 67, ss. 93 to 172.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(2).
Education and Hospitalization Tax Act, R.S.S. 1953, c. 61, s. 5(3).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15 [am. 1990, c. 45], Part IX, Schedule V, Parts I to VI.
School Cafeteria Food and Beverages (GST) Regulations, SOR/91-29.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

petit fournisseur est tenu de payer la taxe sur les produits qu'il achète et, à moins qu'il ne décide de s'inscrire et d'assumer les coûts administratifs incidents, il ne sera pas admissible au remboursement de la taxe sur les intrants et cherchera inévitablement à récupérer, auprès des consommateurs de ses produits, toute somme qu'il aura payée. Ce fait ne modifie toutefois pas l'effet général de la taxe. L'exemption reconnaît qu'il y a un non-respect du régime fiscal par certains petits fournisseurs qui font face à des coûts administratifs prohibitifs. Les statistiques sur la valeur des fournitures taxables effectuées par les petits fournisseurs par rapport à celle de la totalité des fournitures taxables démontrent que la position des petits fournisseurs est exceptionnelle dans l'ensemble du régime. L'exemption est donc simplement un élément accessoire visant le bon fonctionnement de la taxe proposée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Brewers and Maltsters' Association c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619; *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45.

Lois et règlements cités

Education and Hospitalization Tax Act, R.S.S. 1953, ch. 61, art. 5(3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(2).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15 [mod. 1990, ch. 45], partie IX, annexe V, parties I à VI.
Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal, L.Q. 1991, ch. 67, art. 93 à 172.
Règlement sur les aliments et les boissons de cafétérias d'école (TPS), DORS/91-29.

Authors Cited

- Canada. Department of Finance. *Budget 89: The Goods and Services Tax*. Ottawa: Department of Finance, April 27, 1989.
- Canada. Department of Finance. *Goods and Services Tax: An Overview*. Ottawa: Department of Finance, August 1989.
- Canada. Department of Finance. *Goods and Services Tax: A Summary*. Ottawa: Department of Finance, 1990.
- Canada. Department of Finance. *The White Paper: Tax Reform 1987*. Ottawa: Department of Finance, 1987.
- La Forest, G. V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
- Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy, with Some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. II. Boston: Little & Brown, 1848.
- Whalley, John, and Deborah Fretz. *The Economics of the Goods and Services Tax*. Canadian Tax Paper No. 88. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1990.

REFERENCE by the Governor General in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the constitutional validity of proposed amendments to Quebec's sales tax. Both questions answered in the affirmative.

Jean-Marc Aubry, Q.C., James M. Mabbutt, Q.C., and Marie-Claude P. Larin, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Jean-François Jobin and Monique Rousseau, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Wilfrid Lefebvre, Q.C., and Patrice Marceau, for the *amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I — Introduction

In this reference, we are asked to consider the constitutional validity of proposed amendments to the Province of Quebec's sales tax ("QST"). These amendments are designed to transform the QST

Doctrine citée

- Canada. Ministère des Finances. *Budget 89: La taxe sur les produits et services*. Ottawa: Ministère des Finances, 27 avril 1989.
- Canada. Ministère des Finances. *Livre blanc: Réforme fiscale 1987*. Ottawa: Ministère des Finances, 1987.
- Canada. Ministère des Finances. *Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*. Ottawa: Ministère des Finances, août 1989.
- Canada. Ministère des Finances. *Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*. Ottawa: Ministère des Finances, 1990.
- La Forest, G. V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Canadian Tax Paper No. 65. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1981.
- Mill, John Stuart. *Principles of Political Economy, with Some of Their Applications to Social Philosophy*, vol. II. Boston: Little & Brown, 1848.
- Whalley, John, and Deborah Fretz. *The Economics of the Goods and Services Tax*. Canadian Tax Paper No. 88. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1990.

RENVOI par le gouverneur général en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la constitutionnalité des modifications proposées à la taxe de vente du Québec. Les deux questions reçoivent une réponse affirmative.

Jean-Marc Aubry, c.r., James M. Mabbutt, c.r., et Marie-Claude P. Larin, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-François Jobin et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Wilfrid Lefebvre, c.r., et Patrice Marceau, pour l'*amicus curiae*.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I — Introduction

On nous demande, dans le présent renvoi, d'examiner la constitutionnalité des modifications proposées à la taxe de vente de la province de Québec («TVQ»). Ces modifications visent à transformer

into a tax similar in all essential respects to the federal goods and services tax ("GST"). Pursuant to an agreement between the Province of Quebec and the Government of Canada on August 30, 1990, the tax bases of the federal and provincial consumption taxes were substantially harmonized and the Province of Quebec accepted responsibility for administering the GST in Quebec. The proposed amendments which form the subject of this reference would represent the final steps in harmonizing the QST and GST. The GST was the subject of an earlier reference to this Court and was held to be *intra vires* Parliament (*Reference Re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 ("GST Reference")). The validity of the federal tax, however, is in no way determinative of the issues raised in this reference. Although the desire to harmonize federal and provincial consumption taxes is administratively and politically attractive, it remains to be determined whether the proposal is compatible with the Constitution.

II — The Facts

The principal difference between the existing QST and the GST derives from the concept of "non-taxable supplies" present in the provincial regime. This concept ensures that the QST is a retail sales tax, that is, one which is collected at the retail level. The GST, in contrast, is a value-added tax which is collected and reimbursed at every stage along the production and marketing chain with the final consumer ultimately being the one to pay the tax. The net result of the two taxes is identical: the ultimate consumer pays the tax; however, the mechanism for achieving this end differs. Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, the Governor General in Council seeks to determine whether the mechanism through which the GST is collected as well as certain other aspects of the GST would be *intra vires* the provincial legislatures. A draft set of provisions which would transform the QST into a tax similar to the GST was annexed to the Order-in-Council containing the questions referred to this Court by the Governor General in Council. These provisions

la TVQ en une taxe qui, pour l'essentiel, serait semblable à la taxe fédérale sur les produits et services («TPS»). Conformément à une entente conclue le 30 août 1990 entre la province de Québec et le gouvernement du Canada, les assiettes des taxes fédérale et provinciale à la consommation ont été en grande partie harmonisées et la province de Québec a accepté la responsabilité de l'application de la TPS au Québec. Les modifications proposées, qui font l'objet du présent renvoi, représenteraient les dernières étapes de l'harmonisation de la TVQ et de la TPS. La TPS a déjà fait l'objet d'un renvoi devant notre Cour qui l'a jugée relever de la compétence du législateur fédéral (*Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 («*Renvoi sur la TPS*»)). Cependant, la validité de la taxe fédérale n'est aucunement déterminante quant aux questions soulevées dans le présent renvoi. Bien que la volonté d'harmoniser les taxes fédérale et provinciale à la consommation soit administrativement et politiquement attrayante, il reste à déterminer si la proposition est conforme à la Constitution.

II — Les faits

La différence principale entre la TVQ et la TPS réside dans le concept des «fournitures non taxables» que l'on trouve dans le régime provincial. Ce concept fait en sorte que la TVQ soit une taxe de vente au détail, c'est-à-dire une taxe perçue à l'étape de la vente au détail. Par contre, la TPS est une taxe à la valeur ajoutée qui est perçue et remboursée à chaque étape de la chaîne de production et de commercialisation, et qui est en fin de compte payée par le consommateur final. Les deux taxes ont un même résultat: le consommateur ultime paie la note. Cependant, il y a différence quant au moyen de réaliser cette fin. Conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, le gouverneur général en conseil recherche une opinion quant à la conformité du mécanisme de perception de la TPS et de certains autres aspects de cette taxe avec la compétence des législatures provinciales. Un avant-projet des dispositions qui transformeraient la TVQ en une taxe semblable à la TPS est joint au décret contenant les questions que le gouverneur général

(the "draft Act") are found in the annex to this judgment.

As was noted by this Court in the *GST Reference*, the GST contemplates three classes of goods and services: taxable supplies, exempt supplies and zero-rated supplies. In addition to the three classes, there is also a special exemption for small business: the small supplier exemption. It is this structure which has been reproduced in the draft provisions and which was the focus of oral argument before the Court. A brief review of these elements will set the factual background for the constitutional questions submitted by the Governor General in Council.

The general operation of the proposed tax is clear from an examination of the concept of taxable supply. A taxable supply is defined in s. 1 of the draft Act as the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, lease, gift or alienation in the course of a commercial activity. Every purchaser of a taxable supply must pay a tax equal to 8 percent of the value of the consideration given for the supply (in certain cases reduced to 4 or 0 percent (zero-rated supplies); draft Act, s. 2). As with the GST, the purchaser of a taxable supply who uses that good or service in the production of other taxable supplies will be entitled to a refund from the government equal to the amount of tax initially paid on its inputs (the input tax refund or the input tax credit under the GST; draft Act, s. 13). To the extent that taxable supplies are not used by the purchaser to produce other taxable supplies, by definition they will be consumed by the purchaser for non-commercial purposes. In such a case, the purchaser will not be eligible for an input tax refund. The tax will thus be collected and refunded at each stage of the production and marketing process until the ultimate consumer is reached. The input tax refund mechanism, in the case of taxable

en conseil soumet à notre Cour (voir l'annexe aux présents motifs).

Comme notre Cour l'a fait remarquer dans le *Renvoi sur la TPS*, celle-ci vise trois catégories de produits et services: les fournitures taxables, les fournitures exonérées et les fournitures détaxées. Outre ces trois catégories, il existe aussi une exemption spéciale pour les petites entreprises: l'exemption du petit fournisseur. L'avant-projet de loi reprend cette structure sur laquelle ont porté les plaidoiries devant notre Cour. Un bref examen de ces éléments servira à établir le contexte factuel des questions constitutionnelles soumises par le gouverneur général en conseil.

L'examen du concept de la fourniture taxable illustre le fonctionnement général de la taxe proposée. L'article 1 de l'avant-projet de loi définit une fourniture taxable comme la délivrance d'un bien ou la prestation d'un service, de quelque manière que ce soit, y compris par vente, transfert, troc, échange, licence, louage, donation ou aliénation, dans le cadre d'une activité commerciale. Tout acquéreur d'une fourniture taxable doit payer une taxe égale à 8 pour 100 de la contrepartie de la fourniture (dans certains cas, le taux de la taxe est réduit à 4 pour 100 ou est nul («les fournitures détaxées»), art. 2 de l'avant-projet de loi). Comme dans le cas de la TPS, l'acquéreur d'une fourniture taxable qui utilise le bien ou service pour la production d'autres fournitures taxables aura droit à un remboursement du gouvernement, d'un montant égal à la taxe initialement payée sur les intrants (le remboursement de la taxe sur les intrants ou le crédit d'impôt sur les intrants en vertu de la TPS, art. 13 de l'avant-projet de loi). Dans la mesure où des fournitures taxables ne sont pas utilisées par l'acquéreur pour produire d'autres fournitures taxables, elles sont par définition consommées par l'acquéreur à des fins non commerciales. Dans ce cas, l'acquéreur n'a pas droit à un remboursement de la taxe sur les intrants. Par conséquent, la taxe est perçue et remboursée à chaque étape du processus de production et de commercialisation jusqu'au consommateur ultime. Le mécanisme de remboursement de la taxe sur les intrants, dans le cas des fournitures taxables, fait donc en sorte que le paie-

supplies, thus ensures that the tax is paid by the ultimate consumer.

Zero-rated and exempt supplies, in contrast, will not attract any tax from the ultimate consumer. Zero-rated supplies will be subject to the tax in the same way as any other taxable supply as they move through the production chain to the ultimate consumer. The consumer, however, will pay a tax set at "0 percent", and suppliers will be entitled to the input tax refund. The result is that no net revenue will be raised for the government at any stage in the production and marketing chain. In contrast to zero-rated supplies, the vendor of an exempt supply will not be entitled to the input tax refund. In the case of exempt supplies, therefore, the tax will be paid to the government at the penultimate stage in the supply chain rather than by the ultimate consumer.

The collection of the tax will be assured by every person engaged in commercial activities who makes a taxable supply. The persons collecting the tax are agents of the Minister of Revenue and are required to be registered with the Minister (draft Act, ss. 25 and 28). Registration must occur before a taxable supply is made and is a condition precedent of eligibility for the input tax refund. Registrants are required to file returns in which they calculate their net tax for a reporting period (draft Act, s. 30). The net tax is essentially the difference between the amount of tax collected and the input tax refund for which the person is eligible in a given reporting period (draft Act, s. 29). On the basis of these calculations, the registrant will either be entitled to a refund from the government or be obliged to pay over the excess tax collected. Registrants will face significant administrative costs in complying with the proposed scheme. As is the case with the GST, certain persons, however, will be exempted from the obligation to register and thus collect the tax. Anyone whose annual revenues are less than \$30,000 will have the option

ment de la taxe soit à la charge du consommateur final.

Par contre, le consommateur final ne paie aucune taxe sur les fournitures détaxées et les fournitures exonérées. La taxe frappe les fournitures détaxées comme toute autre fourniture taxable, tout au long de la chaîne de production jusqu'au consommateur ultime. Toutefois, la taxe imposée au consommateur est fixée à «0 pour 100» et les fournisseurs ont droit au remboursement de la taxe sur les intrants, si bien que le gouvernement ne retire finalement aucune recette nette à quelque étape que ce soit de la chaîne de production et de commercialisation. Contrairement au vendeur de fournitures détaxées, le vendeur d'une fourniture exonérée n'a pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants. En conséquence, dans le cas des fournitures exonérées, la taxe est payée au gouvernement à l'avant-dernière étape de la chaîne de production plutôt que par le consommateur ultime.

La perception de la taxe relève de toute personne qui exerce une activité commerciale et effectue une fourniture taxable. Les personnes qui perçoivent la taxe sont les mandataires du ministre du Revenu et doivent s'inscrire auprès du Ministre (art. 25 et 28 de l'avant-projet de loi). L'inscription doit avoir lieu avant que ne soit effectuée une fourniture taxable et constitue une condition préalable de l'admissibilité au remboursement de la taxe sur les intrants. Tout inscrit doit produire une déclaration dans laquelle il a calculé sa taxe nette pour la période de déclaration qui y est visée (art. 30 de l'avant-projet de loi). La taxe nette est essentiellement la différence entre le montant de la taxe perçue et le remboursement de la taxe sur les intrants auquel la personne est admissible au cours d'une période de déclaration (art. 29 de l'avant-projet de loi). Selon le cas, l'inscrit a alors droit à un remboursement du gouvernement ou est tenu de verser la taxe excédentaire perçue. Le respect du régime proposé entraîne d'importants coûts administratifs pour les inscrits. Toutefois, comme dans le cas de la TPS, certaines personnes sont exemptées de l'obligation de s'inscrire et, en conséquence, de celle de percevoir la taxe. La faculté de s'inscrire

of registering (draft Act, ss. 18, 19 and 25). These persons are identified as small suppliers.

s'applique à quiconque dont les revenus annuels sont inférieurs à 30 000 \$ (art. 18, 19 et 25 de l'avant-projet de loi). Ces personnes sont qualifiées de petits fournisseurs.

In order to test the constitutionality of the proposal to harmonize the QST and GST, the Governor General in Council, by Order-in-Council dated August 26, 1993, referred the following two questions to this Court:

Pour faire vérifier la constitutionnalité du projet d'harmonisation de la TVQ avec la TPS, le gouverneur général en conseil a soumis à notre Cour les deux questions suivantes par décret en date du 26 août 1993:

1. Is it within the legislative authority of the Legislature of Quebec to impose, by way of provisions similar to those in the schedule attached hereto, a tax in respect of the supply of property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of making a new supply of it, or in respect of the supply of a property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of its becoming a component part of another property or service to be supplied by the recipient, particularly in view of the input tax refund provisions? If not, in what particular or particulars and to what extent?

1. La législature du Québec est-elle compétente pour imposer, selon des modalités semblables à celles contenues au document produit en annexe, une taxe à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin d'en effectuer à nouveau la fourniture, ou à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin qu'il soit composant d'un autre bien ou d'un autre service dont il effectuera la fourniture, compte tenu notamment des modalités relatives au remboursement de la taxe sur les intrants? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

2. Is it within the legislative authority of the Legislature of a Province to impose a tax within the province similar to the goods and services tax imposed pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX, as amended by S.C. 1990, c. 45? If not, in what particular or particulars and to what extent?

2. La législature d'une province est-elle compétente pour adopter une loi visant à imposer une taxe, à l'intérieur de la province, similaire à la taxe sur les produits et services imposée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. (1990), ch. 45? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

These same two questions were stated by Chief Justice Lamer as constitutional questions on September 7, 1993.

Le 7 septembre 1993, le juge en chef Lamer a formulé ces deux mêmes questions à titre de questions constitutionnelles.

III — Analysis

III — Analyse

The first constitutional question deals with the basic operation of the proposed tax and the elimination of the concept of non-taxable supplies from the current QST. The second and more general constitutional question requires that I address not only the basic operation of the tax, but the various exemptions which form part of the existing federal regime and which were highlighted above. The central issue in this reference is whether the proposed tax, in its general operation as well as its specific details, is a tax within the provincial tax-

La première question constitutionnelle concerne l'application générale de la taxe proposée et l'élimination du concept des fournitures non taxables de la TVQ actuelle. La deuxième question constitutionnelle est plus générale et exige que j'examine non seulement l'application générale de la taxe, mais aussi les diverses exemptions du régime fédéral actuel, que j'ai déjà mentionnées. La question au cœur du présent renvoi est de savoir si la taxe proposée, tant dans son application générale que dans ses détails spécifiques, est une taxe qui relève

ing power contained in s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Section 92(2) stipulates:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes.

The *amicus curiae* and the Attorneys General of Quebec and Canada have agreed that the tax will be collected within the province only and that it will be used to generate revenue for provincial purposes. My analysis of the proposed tax will therefore focus on determining if it is direct.

I begin with an examination of the legal principles applicable to determining whether a tax is direct within the meaning of s. 92(2). I then analyze the proposed QST in light of these principles beginning with the general scheme. Finally, I consider the constitutional validity of the three categories of exemptions: “zero-rated supplies”, “exempt supplies” and the “small supplier exemption”.

1. The Applicable Principles of Law

It is well established that whether a given tax is direct or indirect in terms of the *Constitution Act, 1867* is a question of law and not of economic incidence. The test predominately relied on in the jurisprudence to distinguish between the two types of taxes is the formulation employed by John Stuart Mill in his 1848 treatise, *Principles of Political Economy*, Book V, c. III, at p. 371:

A direct tax is one which is demanded from the very persons who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another; such as the excise or customs.

Though this formulation is no longer used by economists, it has served and continues to serve the legal purpose of providing a relatively clear

du pouvoir de taxation que le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces. Ce paragraphe se lit ainsi:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

2. la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

L'*amicus curiae* et les procureurs généraux du Québec et du Canada ont convenu que la taxe sera perçue à l'intérieur de la province seulement et servira à fournir des revenus aux seules fins provinciales. Mon analyse de la taxe proposée visera donc à déterminer si cette taxe est directe.

Examinons en premier lieu les principes de droit applicables pour établir si une taxe est directe au sens du par. 92(2). Compte tenu de ces principes, je ferai ensuite l'analyse de l'économie générale de la TVQ proposée. Enfin, je me pencherai sur la constitutionnalité des trois catégories d'exemptions: les «fournitures détaxées», les «fournitures exonérées» et l'«exemption du petit fournisseur».

1. Les principes de droit applicables

Il est bien établi que de savoir si une taxe est directe ou indirecte selon la *Loi constitutionnelle de 1867* est une question de droit et non d'incidence économique. Le critère le plus souvent utilisé dans la jurisprudence pour distinguer ces deux types de taxe est la formule employée par John Stuart Mill dans son traité de 1848 intitulé *Principles of Political Economy*, livre V, ch. III, à la p. 371:

[TRADUCTION] La taxe directe est celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les taxes indirectes sont celles qu'on exige d'une personne dans l'expectative et l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre: c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane.

Bien que cette formule ne soit plus utilisée par les économistes, elle a servi et continue de servir en droit à établir un point de repère relativement clair

bench mark for applying the division of taxation powers contained in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Definitively adopted for that purpose in *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.), the distinction has subsequently been applied in a number of cases including *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371.

The application of Mill's distinction during the last century allows us to predict the constitutional fate of some taxes with a measure of confidence. In analyzing a given tax, it should be remembered that the courts examine the general tendency of the tax, rejecting exceptional factual circumstances as legally irrelevant (*Lambe, supra*; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231). Customs duties and excise taxes, as Mill noted, are indirect taxes. The tax in these two cases is paid by the importer or manufacturer with, it has been said, "the expectation and intention" that it will generally be passed on to the purchaser as an element of the price. There is no intention in either case to place the burden of the tax on the manufacturer or importer, who simply act as conduits through which to pass on the burden to others. The tax is therefore not paid by the person who is intended to bear the burden. Property, income and consumption taxes, in contrast, have been historically held to be direct taxes since their general tendency is that the person intended to bear the burden of the tax is the one who pays it. The intention apparent in the case of customs duties and excise taxes that the tax be passed on with the good is absent from property, income and consumption taxes.

The case law interpreting s. 92(2) contains various indicia or propositions which serve to guide the courts. Five of these are of particular relevance in determining the constitutionality of the proposed provincial value-added tax.

As noted above, one indicium is whether the intention of the legislator as to who should bear the tax is clear. In the case of direct taxes, Viscount Simon recognized that "the taxing authority is not

dans le partage des pouvoirs de taxation prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Définitivement adoptée à cette fin dans l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (C.P.), cette distinction a été par la suite appliquée dans un certain nombre d'affaires dont *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371.

L'application de la distinction établie par Mill au cours du siècle dernier nous permet de prédire avec une relative certitude le sort constitutionnel de certaines taxes. Dans l'analyse d'une taxe donnée, les tribunaux examinent, rappelons-le, l'effet général et considèrent non pertinentes en droit les circonstances factuelles exceptionnelles (*Lambe, précité*; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario c. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 231). Comme l'a fait remarquer Mill, les droits de douane et les taxes d'accise sont des taxes indirectes. Dans ces cas, la taxe est payée soit par l'importateur ou le fabricant «dans l'expectative et l'intention», a-t-on dit, qu'elle soit généralement reportée sur l'acquéreur par le biais du prix. Dans aucun cas, n'a-t-on l'intention d'imposer le fardeau de la taxe au fabricant ou à l'importateur; celui-ci est un simple conduit qui reporte ce fardeau sur autrui. La taxe n'est donc pas payée par la personne qui doit en assumer le fardeau. Par contre, les taxes foncières, l'impôt sur le revenu et les taxes à la consommation sont traditionnellement considérés comme des taxes directes puisque ces taxes, de par leur effet général, sont payées par la personne qui doit en assumer le fardeau. Contrairement à ce qui se passe pour les droits de douane et les taxes d'accise, l'intention de reporter la taxe sur autrui n'existe pas.

La jurisprudence sur l'interprétation du par. 92(2) fournit divers critères ou indications qui servent de guide aux tribunaux. Cinq d'entre eux sont tout particulièrement pertinents pour décider de la constitutionnalité du projet de taxe provinciale à la valeur ajoutée.

Comme je l'ai fait remarquer, un premier critère est la présence d'une volonté du législateur de désigner clairement la personne qui doit assumer la taxe. En ce qui concerne les taxes directes, le

indifferent as to which of the parties to the transaction ultimately bears the burden, but intends it as a 'peculiar contribution' on the particular party selected to pay the tax" (*Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, at p. 564). A related indicium of direct taxation is whether everyone knows how much tax they really pay (Mill, Book V, c. VI, cited with approval by Viscount Simon in *Atlantic Smoke Shops*; see also *Attorney-General for Quebec v. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141 (P.C.)). At Confederation, the decision to limit the provincial legislatures to direct taxation was aimed at transparency and thought to enhance political accountability. Though the criterion of accountability may not be the central focus of the more recent jurisprudence pertaining to s. 92(2), transparency still serves to identify a tax as direct.

A third indicium, one of indirectness, was recognized by Rand J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231. He pointed to the attachment of a tax to a good as a strong indication that the tax is indirect (at pp. 251-52):

If the tax is related or relateable, directly or indirectly, to a unit of the commodity or its price, imposed when the commodity is in course of being manufactured or marketed, then the tax tends to cling as a burden to the unit or the transaction presented to the market.

Thus, where the tax "clings" to the product in the sense that its amount attaches to the good and moves together with the good through the chain of supply, an element of indirectness may be present. The validity of Rand J.'s indicator is demonstrated most vividly by customs duties and excise taxes. This test was recently applied in *Allard Contractors, supra*, at pp. 394-98, to identify a volumetric fee on soil removal as an indirect tax.

vicomte Simon a reconnu que [TRADUCTION] «le fisc n'est pas indifférent quant à identifier celle des parties à la transaction qui en assume finalement le fardeau, mais entend en faire une «contribution particulière» de la part de la personne désignée pour la payer» (*Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550, à la p. 564). La connaissance par chacun du montant de taxe réellement payé est une autre indication de la nature directe d'une taxe (Mill, livre V, ch. VI, cité et approuvé par le vicomte Simon dans *Atlantic Smoke Shops*; voir aussi *Attorney-General for Quebec c. Reed* (1884), 10 App. Cas. 141 (C.P.)). À l'époque de la Confédération, la décision de restreindre les législatures provinciales au champ de taxation directe avait pour but de favoriser la transparence et l'imputabilité politique. Quoique le critère de l'imputabilité ne constitue peut-être pas l'élément central de la jurisprudence plus récente sur le par. 92(2), la transparence sert encore à déterminer si une taxe est directe.

Un troisième critère, visant cette fois le caractère indirect d'une taxe, est reconnu par le juge Rand dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231. Celui-ci souligne que le rattachement de la taxe à un bien particulier constitue une forte indication de son caractère indirect (aux pp. 251 et 252):

[TRADUCTION] Si la taxe se rapporte ou est susceptible de se rapporter, directement ou indirectement, à un objet ou à son prix, et est imposée à l'étape de la fabrication ou de la vente, cette taxe tend alors à s'attacher comme un fardeau à l'objet en question ou à l'opération marchande.

En conséquence, si la taxe «s'attache» au produit en ce sens que son montant se greffe au produit tout au long de la chaîne de production, cela peut être une indication de son caractère indirect. Les droits de douane et les taxes d'accise illustrent au mieux ce critère du juge Rand. Il a récemment été invoqué dans l'arrêt *Allard Contractors*, précité, aux pp. 394 à 398, pour qualifier de taxe indirecte des droits volumétriques pour l'enlèvement de terre.

At first glance, provincial consumption taxes would appear to be taxes which attach to a good; however, the case law has unequivocally and correctly recognized such taxes as direct (see *Atlantic Smoke Shops, supra*, and *Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1960] S.C.R. 619). In particular, a number of cases have held that consumption taxes will be direct even though they may be passed on when the good or service initially taxed is incorporated or transformed into a new good or service (see *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Cairns, supra*). Thus where a tax is imposed on the consumption of fuel oil, the fact that the oil may be used in the manufacture of another good and thereby passed on as part of the cost of that good does not render the tax unconstitutional. The good is consumed and the tax therefore cannot be passed on with the good as is the case with an import duty.

The final proposition of relevance in determining the constitutional validity of the proposed value-added tax is that the nature of a tax is not affected by the system of collection (see *Kingcome, supra*; *Atlantic Smoke Shops, supra*, and *Cairns, supra*). The fact that a retailer collects the tax from a consumer on behalf of the government and then physically pays the money over to the government does not alter the characterization of such a tax as direct. The person intended to bear the burden of the tax, the consumer, is still the one who in reality pays it even though the retailer as agent for the government collects it. It is true that the retailer bears a burden in relation to the collection of the tax; however, this burden is part of the general cost of doing business and cannot be related to or passed on in a recognizable form with any particular good.

In approaching new taxes, the constitutional fate of which is unknown, it is not without interest to refer to an important effect of the s. 92(2) limitation to direct taxation. In addition to the historical desire to promote transparency and accountability, one finds a concern in the case law and literature

De prime abord, les taxes provinciales à la consommation sembleraient constituer des taxes rattachées à un produit; toutefois, la jurisprudence a clairement et à juste titre reconnu que ces taxes sont directes (voir les arrêts *Atlantic Smoke Shops*, précité, et *Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan*, [1960] R.C.S. 619). Dans un certain nombre de décisions, on a jugé que les taxes à la consommation sont des taxes directes même si elles peuvent être reportées sur autrui lorsque le produit ou le service initialement taxé est incorporé dans un nouveau produit ou service ou transformé en un tel produit ou service (voir les arrêts *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Cairns*, précité). Par exemple, une taxe à la consommation de combustible n'est pas inconstitutionnelle du fait que ce combustible peut servir à la fabrication d'un autre bien et être inclus dans le coût de ce bien. Le produit est consommé et la taxe ne peut être reportée sur autrui avec le produit comme dans le cas des droits de douane.

Enfin, il faut souligner que le mode de perception d'une taxe n'en touche pas la nature (voir les arrêts *Kingcome*, *Atlantic Smoke Shops* et *Cairns*, précités) et n'en détermine donc pas la constitutionnalité. Le fait qu'un détaillant perçoive d'un consommateur une taxe pour le compte du gouvernement et qu'il rembourse ensuite cette taxe au gouvernement ne change rien au caractère direct de cette taxe. La personne qui doit assumer le fardeau de la taxe, le consommateur, est encore celle qui la paie réellement, même si c'est le détaillant qui la perçoit à titre de mandataire du gouvernement. Il est vrai que le détaillant a le fardeau de percevoir la taxe, mais ce fardeau fait partie des frais généraux du commerce et ne saurait être reporté sur autrui sous une forme identifiable au moment de la fourniture d'un produit particulier ni lui être rattaché.

Dans l'examen de nouvelles taxes, dont le sort constitutionnel est inconnu, il est intéressant de souligner un effet important de la limite imposée par le par. 92(2) à la taxation directe. Outre la volonté historique de favoriser la transparence et l'imputabilité, on trouve dans la jurisprudence et la

regarding taxation of persons outside the province by indirect means or taxation which interferes with interprovincial or international trade. The prohibition against excise taxes and customs duties clearly achieves this latter purpose. As my colleague La Forest J. noted in his study of the taxation power under the Canadian Constitution, "the person who ultimately pays an excise tax may have no other connection with the province benefiting from the tax than that the product was originally produced or manufactured there" (G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 202).

My review of the jurisprudence interpreting s. 92(2) has revealed that apart from excise taxes, import duties, or taxes of a similar nature and the two more general limitations highlighted in the preceding paragraph, the provinces have come to enjoy considerable freedom in constructing their tax systems. Having examined the basic principles informing the interpretation and application of s. 92(2), I now turn to a detailed examination of the tax proposed in the draft Act.

2. The General Scheme of the Proposed Tax

A perusal of the economics literature reveals that value-added taxes are often seen as refined versions of consumption taxes (see, for example, Whalley and Fretz, *The Economics of the Goods and Services Tax* (1990)). Collection earlier in the production and marketing chain is thought to increase compliance by collecting the bulk of tax revenues from larger organizations believed to have more dependable accounting systems. Furthermore, until someone resells a good they have purchased, they can be assumed to be the consumer and therefore liable to pay the tax. To avoid the ultimate burden of paying the tax, they must prove that the good or service was used in the provision of another taxable supply. This "onus" is easily discharged by collecting the tax on behalf of the government when taxable supplies are made to other persons and by filing returns which detail the amount of tax collected and the amount "paid" in

doctrine une préoccupation concernant la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des taxes ou des moyens indirects entravant le commerce interprovincial ou international. L'interdiction de percevoir des taxes d'accise et des droits de douane en est une expression. Comme le fait remarquer mon collègue le juge La Forest dans son étude sur le pouvoir de taxation en vertu de la Constitution canadienne, [TRADUCTION] «il se peut que le seul lien que la personne qui paie en fin de compte une taxe d'accise ait avec la province bénéficiaire de cette taxe soit que le bien y a été produit ou fabriqué à l'origine» (G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 202).

Mon examen de la jurisprudence portant sur l'interprétation du par. 92(2) fait ressortir que mis à part les taxes d'accise, les droits de douane ou taxes semblables et les deux restrictions plus générales mentionnées dans le paragraphe précédant, les provinces en sont venues à jouir d'une liberté considérable dans l'établissement de leurs régimes fiscaux. Après cette étude des principes fondamentaux qui sous-tendent l'interprétation et l'application du par. 92(2), passons à un examen détaillé de la taxe proposée dans l'avant-projet de loi.

2. L'économie générale de la taxe proposée

Les traités de doctrine économique considèrent souvent les taxes à la valeur ajoutée comme des formes évoluées de taxes à la consommation (voir, par exemple, Whalley et Fretz, *The Economics of the Goods and Services Tax* (1990)). La perception de la majeure partie de la taxe aux différentes étapes de la chaîne de production et de commercialisation est jugée en accroître le rendement dans la mesure où la majeure partie des revenus fiscaux sont perçus auprès de grandes organisations qui, croit-on, possèdent des systèmes de comptabilité plus fiables. Par ailleurs, jusqu'à ce qu'une personne revende un bien qu'elle a acheté, on peut présumer qu'elle en est le consommateur et qu'elle est assujettie au paiement de la taxe. Pour éviter d'avoir à payer la taxe, une personne doit prouver que le bien ou le service a été utilisé pour produire une autre fourniture taxable. La personne peut facilement s'acquitter de ce «fardeau» en perce-

respect of inputs. Enforcement is thereby enhanced by the documentary record created.

As was noted above, consumption taxes have historically been held to be direct taxes. In *Cairns*, *supra*, this Court held that a tax on consumers of tangible personal property purchased at the retail level was direct. A similar conclusion was reached in *Atlantic Smoke Shops*, *supra*, where the tax was on tobacco purchased for consumption from a retail vendor. To the extent that the proposed value-added tax is in fact a consumption tax on the ultimate consumer, these cases provide some support for its validity. The real question in determining if the tax is direct, however, is not whether it is a consumption tax, but whether the person intended to bear the burden of the tax is the person paying the tax.

The unique feature of a value-added tax, its collection along the production and marketing chain, may be the chief attraction for governments. However, the collection mechanism, which provides for the tax as the good moves through the consumption chain, may at first sight appear to raise the spectre of an indirect tax.

It was maintained before us that value-added taxes are similar to excise taxes or customs duties in that the tax is in some sense passed on with the good and indemnification occurs when the good is sold. It will be remembered that Rand J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, identified the fact that the tax tended to cling to a good as an indication of indirectness. The fact that the tax is recouped through a series of indemnifications before the good reaches the final consumer does not, however, make the value-added tax an indirect tax for constitutional purposes. Close examination of the

avant la taxe pour le compte du gouvernement là où des fournitures taxables sont vendues à d'autres personnes, et en remplissant une déclaration indiquant le montant de la taxe perçue ainsi que le montant «payé» à l'égard des intrants. Le recouvrement de la taxe se trouve alors favorisé grâce aux documents ainsi établis.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, les taxes à la consommation sont traditionnellement considérées comme des taxes directes. Dans l'arrêt *Cairns*, précité, notre Cour a jugé qu'une taxe imposée aux consommateurs de biens meubles corporels au moment de la vente au détail constituait une taxe directe. L'arrêt *Atlantic Smoke Shops*, précité, en arrive à la même conclusion à l'égard d'une taxe sur le tabac acheté à un vendeur au détail à des fins de consommation. Dans la mesure où la taxe à la valeur ajoutée proposée est en fait une taxe à la consommation imposée au consommateur ultime, ces arrêts appuient dans une certaine mesure sa validité. Cependant, pour déterminer si la taxe est directe, il faut se demander non pas s'il s'agit d'une taxe à la consommation, mais plutôt si la personne qui la paie est celle qui doit en assumer le fardeau.

Le prélèvement d'une taxe à la valeur ajoutée tout au long de la chaîne de production et de commercialisation en représente sans doute l'attrait principal pour les gouvernements. Cependant, le mécanisme de perception, qui permet l'imposition de la taxe sur le produit tout au long de la chaîne de consommation, semble à première vue soulever le spectre d'une taxe indirecte.

On a fait valoir que les taxes à la valeur ajoutée sont semblables à des taxes d'accise ou à des droits de douane en ce qu'elles sont en quelque sorte reportées sur autrui avec le produit et donnent lieu à une indemnisation au moment de la vente du produit. Dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, précité, on se rappellera que le juge Rand a dit que la tendance d'une taxe à s'attacher à un bien constitue une indication de son caractère indirect. Cependant, la taxe à la valeur ajoutée n'est pas, aux fins de la Constitution, une taxe indirecte du fait qu'elle est récupérée au moyen d'une série de prélèvements

proposed tax reveals that the person who ultimately pays the tax is the one intended to bear the burden, and, therefore, the tax is direct.

As noted above, the proposed tax will be paid and then reimbursed at each stage until final consumption. Imposing the tax at each level in the consumption chain is simply a method of tax collection by instalments. The persons who collect the tax along the chain and who are reimbursed are really tax collectors. The draft Act, it will be remembered, explicitly identifies these persons as agents of the Minister of Revenue in their capacity as tax collectors (draft Act, s. 28). Rather than putting forward a new and different type of tax, the essence of the proposed amendments is simply to substitute a new mechanism of collection.

The availability of the input tax refunds is the key to understanding what is truly going on prior to the stage of ultimate consumption. Eligibility for an input tax refund relieves the consumer turned supplier from the burden of the tax which is then charged to the person who purchases the good. The reimbursement of the tax initially "paid" through the mechanism of the input tax refund means that there is no tax to be passed on. The input tax refund thus guarantees that the person who ultimately pays the tax is the one who was intended should bear the burden and that therefore the proposed tax is a form of direct taxation. Though the input tax refund mechanism operates behind the scenes to produce this result and though the GST, for example, can be included in the price and appear only on the final invoice, consumers are fully aware, often to their dismay, that they are paying the tax. Indeed the federal government made it very clear in the background papers to the GST, that in replacing the hidden federal sales tax it was "committed to ensuring that Canadians [be] informed in a clear and visible manner that the GST is being applied" (*Goods and Services Tax: An Overview*, Department of Finance, August

avant que le produit n'atteigne le consommateur final. Un examen attentif de la taxe proposée révèle que la personne qui la paie en bout de ligne est celle qui devait en assumer le fardeau. Il s'agit donc d'une taxe directe.

Comme je l'ai déjà mentionné, la taxe proposée sera payée puis remboursée à chaque étape jusqu'à la consommation finale. Exiger le paiement de la taxe à chaque étape de la chaîne de consommation constitue simplement un mode de perception de la taxe par versements. Les personnes qui perçoivent la taxe tout au long de la chaîne de production et qui bénéficient ensuite d'un remboursement sont en fait des percepteurs d'impôt. L'avant-projet de loi, on s'en souviendra, précise que ces personnes sont, en leur qualité de percepteurs d'impôt, des mandataires du ministre du Revenu (art. 28 de l'avant-projet de loi). Les modifications proposées visent essentiellement à établir un nouveau mécanisme de perception et non à créer une taxe de type nouveau.

La possibilité d'obtenir des remboursements de taxe sur les intrants est déterminante de la nature véritable des transactions avant l'étape de la consommation finale. L'admissibilité à un remboursement de la taxe sur les intrants dégage le consommateur devenu fournisseur du fardeau de la taxe qui est alors imposée à la personne qui achète le produit. Vu que la taxe initialement «payée» est remboursée par le biais du remboursement de la taxe sur les intrants, aucune taxe n'est alors reportée sur autrui. Le remboursement de la taxe sur les intrants fait en sorte que la personne qui paie la taxe en définitive est bien celle devant en assumer le fardeau et, par conséquent, que la taxe proposée est un type de taxe directe. Bien que le mécanisme de remboursement de la taxe sur les intrants engendre ce résultat par voie détournée et, bien que la TPS puisse être incluse dans le prix et n'apparaître que sur la facture, les consommateurs sont parfaitement conscients qu'ils paient la taxe, souvent à leur grand déplaisir. En fait, le gouvernement fédéral a clairement précisé dans la documentation relative à la TPS, qu'en remplaçant la taxe fédérale cachée de vente il «[tenait] à ce que les Canadiens soient informés de l'application de la TPS de façon

1989, at p. 20; see also *Budget 89: The Goods and Services Tax*, Department of Finance, April 27, 1989, at pp. 19 and 25). As noted above, such transparency is one of the hallmarks of direct taxation.

The *amicus curiae*, however, attacked the proposed tax by focusing on the input tax refund. The *amicus curiae* argued that the person who initially "pays" the tax is not the person whom the legislature has chosen to bear the burden. These persons, it was argued, pass the tax and the burden back to the government by the mechanism of the input tax refund. I cannot accept this argument. The registrants are not in any constitutionally significant sense the persons paying the tax when they resell the good or another good or service which the taxed good was used to produce. The input tax refund in such a case operates to ensure that any tax initially paid is fully reimbursed. Registrants therefore do not pay the tax or bear the burden, as stated above, they merely function as tax collectors transferring the revenues to the government as was the case in *Cairns*, *supra*, and *Kingcome*, *supra*.

This view of the tax is supported by the presence of provisions in earlier versions of retail sales taxes which required a vendor to collect the tax even though the person alleged the good was being purchased for the purpose of resale. Section 5(3) of *The Education and Hospitalization Tax Act*, R.S.S. 1953, c. 61, the Act considered in *Cairns*, required persons in such a situation to deposit with the vendor an amount equal to the tax otherwise payable under the Act. The "deposit" was then refunded on receipt of evidence satisfactory to the Minister that the property was purchased for the purpose of resale. In other words, the "deposit" was refunded only when the Minister received sufficient evidence that the tax would be paid further down the chain. Under the draft Act and the GST, eligibility for a refund results from simply filing a return; however, as with s. 5(3) in the Saskatchewan Act,

claire et visible» (*Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*, Ministère des Finances, août 1989, à la p. 21; voir aussi, *Budget 89: La taxe sur les produits et services*, Ministère des Finances, 27 avril 1989, aux pp. 19 et 25). Comme je l'ai déjà fait remarquer, cette transparence est l'une des caractéristiques de la taxation directe.

Cependant, l'*amicus curiae* a contesté la taxe proposée en s'arrêtant au remboursement de la taxe sur les intrants. À son avis, la personne qui «paie» initialement la taxe n'est pas celle que le législateur a choisie pour en assumer le fardeau. À cet égard, il a soutenu que cette personne reporte en fait la taxe et le fardeau sur le gouvernement par le truchement du remboursement de la taxe sur les intrants. Je ne puis accepter cet argument. Du point de vue constitutionnel, les inscrits ne sont absolument pas les personnes qui paient la taxe lorsqu'ils revendent le produit ou un autre produit ou service que le bien taxé a servi à produire. Dans un tel cas, le remboursement de la taxe sur les intrants comporte le remboursement complet de toute taxe initialement payée. En conséquence, comme je l'ai dit plus haut, les inscrits ne paient pas la taxe ni n'en assument le fardeau. Ils agissent simplement à titre de percepteurs d'impôt faisant remise des revenus au gouvernement comme dans le cas des arrêts *Cairns* et *Kingcome*, précités.

Cette description de la taxe trouve appui dans la législation antérieure en matière de taxes de vente dont les dispositions imposaient au vendeur de percevoir la taxe même lorsque le bien est déclaré être acheté pour revente. Le paragraphe 5(3) de l'*Education and Hospitalization Tax Act*, R.S.S. 1953, ch. 61, qui faisait l'objet de l'arrêt *Cairns*, exigeait en tel cas le dépôt auprès du vendeur d'un montant égal à la taxe par ailleurs payable en vertu de la Loi. Ce «dépôt» était ensuite remboursé sur preuve (à la satisfaction du Ministre) que le bien avait été acheté pour revente. En d'autres termes, il y avait remboursement du «dépôt» seulement lorsque le Ministre avait une preuve suffisante que la taxe serait payée plus loin dans la chaîne de consommation. Aux termes de l'avant-projet de loi et de la TPS, il suffit de produire une déclaration pour être admissible à un remboursement. On se trouve

compliance with the statutory regime is thereby enhanced.

It is true that as tax collectors registrants bear hidden burdens in relation to the role assigned them under the scheme. These burdens consist of the administrative cost of keeping records and filing returns as well as the cost of transferring funds to the government prior to reimbursement. In the *GST Reference*, these costs were identified as administrative burdens and it was held that the obligation on a province to collect and remit the GST was not taxation of a province's property (*supra*, at pp. 483 and 481). It is likely that these burdens will be passed on to consumers; however, this fact does not alter the general tendency of the tax for the purposes of s. 92(2). These burdens are not taxes. These costs will not attach to any particular good, but rather will be part of the general cost of doing business. As a general cost of doing business, the burdens would often be transferred in one form or another, but they are not related to any particular good. It is not "the tax" that is passed on. The requirement that the tax be direct is satisfied. It is paid by the very person intended to bear its burden.

As to the concern that a value-added tax might result in taxation of persons outside the province by indirect means, it must be recognized that the collection of the bulk of tax revenues prior to the retail level creates the possibility that a good shipped to another province will carry with it the provincial tax as part of its price. This situation does not arise with the existing sales taxes because they are imposed exclusively at the retail level and not at the wholesale or manufacturing level. Absent provision for a refund in cases where the good is shipped outside the province, the manufacturer or wholesaler would clearly attempt to recoup the tax paid on the particular good from the consumers in the destination province.

The drafters of the proposed Act, however, have avoided this problem. Section 12 identifies "a sup-

ainsi, comme dans le cas du par. 5(3) de la loi de la Saskatchewan, à favoriser le respect de la loi.

Il est vrai que les inscrits, en leur qualité de percepteurs d'impôt, assument des coûts cachés pour s'acquitter du rôle que le régime leur attribue. Parmi ces coûts cachés, mentionnons entre autres les frais administratifs de comptabilité et de production de déclarations, et les coûts liés à la remise des fonds au gouvernement préalablement au remboursement. Il est indiqué dans le *Renvoi relatif à la TPS* que ces coûts constituaient des fardeaux administratifs et que l'obligation d'une province de percevoir et de remettre la TPS n'en fait pas une taxe sur un bien de la province (précité, aux pp. 483 et 481). Ces fardeaux seront vraisemblablement reportés sur les consommateurs; cela ne modifie toutefois en rien l'effet général de la taxe pour les fins du par. 92(2). Ces fardeaux ne sont pas des taxes. Ils ne s'attachent pas à un bien particulier, mais font plutôt partie des frais généraux de l'entreprise. À ce titre, ils seraient souvent reportés sur autrui sous une forme ou une autre, mais ils ne s'attachent pas à un bien particulier. Ce n'est pas «la taxe» qui est reportée sur autrui. L'exigence du caractère direct de la taxe est remplie. Elle est payée par la personne même qui doit en assumer le fardeau.

En ce qui a trait au risque qu'une taxe à la valeur ajoutée puisse entraîner la taxation de personnes à l'extérieur de la province par des moyens détournés, il faut reconnaître que la perception de la majeure partie des revenus fiscaux avant la vente au détail signifie que le prix d'un bien expédié dans une autre province comprendra vraisemblablement la taxe provinciale. Ce n'est pas le cas des taxes de vente actuelles parce qu'elles sont imposées exclusivement au moment de la vente au détail et non au moment de la vente en gros ou de la fabrication. En l'absence d'une disposition prévoyant un remboursement en cas d'expédition hors de la province, le fabricant ou le grossiste tenterait de toute évidence de récupérer auprès du consommateur dans la province de destination la taxe payée sur le produit en question.

Cependant, les rédacteurs de la loi proposée ont éludé cette difficulté. L'article 12 prévoit que «la

ply shipped outside Québec” as a zero-rated supply. As a zero-rated supply, no tax is collected from the recipient and the registrant making the supply is eligible for an input tax refund corresponding to the tax initially paid. The refund thus ensures that the proposed tax has no extra-territorial effects. The fact that someone might not bother claiming the exemption and would thereby pass on the tax to consumers in other provinces would not alter the general tendency of the tax.

The preceding review of the general scheme of the proposed tax and my conclusion that the tax, through the mechanism of the input tax refund, operates as a direct tax leads to an affirmative answer in respect of the first constitutional question.

3. *The Various Exemptions*

Having found the general operation of the proposed tax to be constitutional, it is necessary to consider the three categories of exceptions contained in the draft Act. As noted by the *amicus curiae*, the fact that the general tendency of the basic tax is direct cannot justify the creation of an exemption which would in effect be an indirect tax. The general tendency doctrine justifies ignoring, for constitutional purposes, particular factual exceptions; it does not allow the provincial legislatures to create indirect taxes by calling them exceptions to a tax the general tendency of which is direct.

(a) The Zero-Rated Supplies

Section 12 of the draft Act identifies the supply of a number of goods and services as zero-rated supplies. This exemption poses no concerns from the point of view of s. 92(2). As noted above in respect of a supply outside Quebec, this exemption is simply an application of the general regime with a tax rate of zero. The ultimate consumer of zero-rated supplies therefore pays no tax. The person supplying the good or service, on the other hand, is entitled to the input tax refund for any tax paid

fourniture expédiée hors du Québec» est une fourniture détaxée. Puisqu’il s’agit d’une fourniture détaxée, aucune taxe n’est perçue auprès de la personne qui la reçoit. Pour sa part, l’inscrit effectuant la fourniture a droit à un remboursement de taxe sur les intrants correspondant à la taxe initialement payée. Ce remboursement garantit donc que la taxe proposée n’aura aucun effet extraterritorial. L’effet général de la taxe ne saurait d’ailleurs changer du simple fait qu’une personne ne se donne pas la peine de réclamer l’exemption et reporte ainsi la taxe sur les consommateurs dans d’autres provinces.

Cet examen de l’économie générale de la taxe proposée et ma conclusion que cette taxe fonctionne comme taxe directe par le biais du remboursement de la taxe sur les intrants emportent une réponse affirmative à la première question constitutionnelle.

3. *Les diverses exemptions*

Vu ma conclusion de la constitutionnalité de la taxe proposée dans son application générale, il reste à examiner les trois catégories d’exceptions contenues dans l’avant-projet de loi. Comme l’*amicus curiae* l’a fait remarquer, que la taxe de base soit directe selon son effet général ne saurait justifier la création d’une exemption qui serait en réalité une taxe indirecte. Même si, pour les fins de la Constitution, il justifie d’ignorer des exceptions factuelles particulières, le principe de l’effet général ne permet pas au législateur provincial de créer des taxes indirectes en les qualifiant d’exceptions à une taxe ayant un effet général direct.

a) Les fournitures détaxées

L’article 12 de l’avant-projet de loi énumère un certain nombre de biens et services qui constituent des fournitures détaxées. Cette exemption ne présente aucun problème eu égard au par. 92(2). Comme je l’ai mentionné auparavant relativement à une fourniture expédiée hors Québec, cette exemption reflète simplement l’application du régime général lorsque le taux de taxe est nul. Ainsi, le consommateur final d’une fourniture détaxée ne paie aucune taxe. Par contre, la per-

prior to making the zero-rated supply. The net result is that no tax revenues are generated in the case of zero-rated supplies. My finding that the mechanism of the general regime is valid can thus be extended to this category of exceptions.

(b) The Exempt Supplies

The category of exempt supplies, created by s. 11 of the draft Act, is similar to the zero-rated supplies in that the person receiving such supplies does not pay any tax. The difference between exempt supplies and zero-rated supplies, as noted above, however, is that the suppliers of exempt supplies are generally not entitled to the input tax refund. Provision has been made for a partial rebate for certain identified organizations (see draft Act, ss. 20 to 23). In the case of exempt supplies, therefore, the tax is paid at the penultimate stage in the consumption chain by the supplier. This scenario raises the possibility that the proposed tax will operate as an excise tax with the supplier seeking to recover the amount paid from the ultimate consumer. In such a case, the tax would be indirect and would be *ultra vires* the provinces.

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec argued that the category of exempt supplies does not create an indirect tax in practice. The essence of their argument was that because of the nature of the exempt supplies the vast majority of taxed inputs will be consumed or transformed in the production of the exempt supplies and, therefore, it will be impossible for the tax to be passed on with the good or service. The consumption or transformation of the inputs means that any tax paid becomes part of the general cost of producing the good or service rather than being passed on to the consumer with the particular good. This argument is supported by the decisions of the Privy Council and this Court which recognized that a tax will be direct even though the good which is subject to the tax is incorporated or trans-

sonne qui fournit le produit ou le service a droit à un remboursement de la taxe sur les intrants relativement à toute taxe payée avant la fabrication de la fourniture détaxée. Les fournitures détaxées ne donnent donc lieu à aucun revenu fiscal. Ma conclusion que le mécanisme du régime général est valide peut ainsi s'étendre à cette catégorie d'exceptions.

b) Les fournitures exonérées

La catégorie des fournitures exonérées, créée par l'art. 11 de l'avant-projet de loi, est semblable à celle des fournitures détaxées du fait que la personne recevant ces fournitures ne paie aucune taxe. Cependant, comme je l'ai indiqué, la différence entre les fournitures exonérées et les fournitures détaxées réside dans le fait que les fournisseurs de fournitures exonérées n'ont généralement pas droit au remboursement de la taxe sur les intrants. Un remboursement partiel est prévu dans le cas de certains organismes (voir les art. 20 à 23 de l'avant-projet de loi). Dans le cas des fournitures exonérées, la taxe est payée par le fournisseur à l'avant-dernière étape de la chaîne de consommation. Ce scénario soulève la possibilité que la taxe proposée ait l'effet d'une taxe d'accise, le fournisseur cherchant à recouvrer auprès du consommateur final le montant payé. Dans un tel cas, la taxe serait indirecte et excéderait la compétence provinciale.

Le procureur général du Canada et celui du Québec soutiennent que la catégorie des fournitures exonérées ne crée pas dans les faits une taxe indirecte. Ils font valoir essentiellement qu'en raison de la nature des fournitures exonérées, la vaste majorité des intrants taxés sont consommés ou transformés dans le cadre de la production de ces fournitures et qu'il est donc impossible de reporter la taxe sur autrui avec le produit ou service en question. La consommation ou la transformation des intrants signifie que toute taxe payée devient partie intégrante du coût général de production du bien ou service, plutôt que d'être reportée sur autrui avec le produit en question. Cet argument trouve appui dans les arrêts du Conseil privé et de notre Cour qui reconnaissent qu'une taxe est directe même si le produit assujéti à la taxe est

formed into a new good or service (see *Kingcome*, *supra*; *Cairns*, *supra*).

The *amicus curiae* conceded that the exemption is valid as far as taxed inputs are in fact consumed in the production of exempt supplies, but argued that the exemption is invalid to the extent it allows goods to be supplied without transformation or consumption. Although the *amicus curiae* did not convincingly point to specific examples to justify his position, it is necessary to test the validity of the argument advanced by the Attorneys General by examining the specific supplies covered by s. 11.

The supply of a residential complex, health care service, educational service, child and personal care service, legal aid service, and a supply made by a public sector body are the exempt supplies enumerated in s. 11. The full content of these various supplies is ascertained by examining the corresponding provisions of the GST (Schedule V, Parts I to VI of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, as amended by S.C. 1990, c. 45) and the supplies described in ss. 93 to 172 of the *Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation* (S.Q. 1991, c. 67, "*QST amending Act*").

For the purposes of this reference, it is not necessary to undertake a detailed examination of each of these provisions. Since nearly all the categories enumerated in s. 11 of the draft Act are services, the section itself suggests that virtually all of the inputs of the exempt supplies must be "transformed" before they are resold. None of these categories are analogous to retail sales where the retailer merely takes an existing good and resells it. For example, paper, pens, computers and charts are all transformed by the educator in order to produce an educational service such as a course. Similarly, child care and legal aid workers do not buy child care and legal aid services and then resell them. In each case, they take various inputs

transformé en un nouveau produit ou service ou y est incorporé (voir les arrêts *Kingcome* et *Cairns*, précités).

L'*amicus curiae* reconnaît que l'exemption est valide dans la mesure où les intrants taxés sont effectivement consommés en cours de production des fournitures exonérées, mais qu'elle ne l'est pas dans la mesure où elle permet la fourniture de produits sans transformation ni consommation. Bien que l'*amicus curiae* n'ait pas cité d'exemples convaincants à l'appui de sa position, une vérification s'impose de la validité de l'argument des procureurs généraux par un examen des fournitures particulières visées par l'art. 11.

Les fournitures exonérées dans l'art. 11 sont: la fourniture d'un immeuble d'habitation, d'un service de santé, d'un service d'enseignement, d'un service d'aide juridique, d'un service de garde d'enfants et de soins personnels, et les fournitures effectuées par un organisme du secteur public. Les détails de ces diverses fournitures se retrouvent dans les dispositions correspondantes de la TPS (annexe V, parties I à VI de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. 1990, ch. 45) ainsi que les art. 93 à 172 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal* (L.Q. 1991, ch. 67, "*Loi modifiant la TVQ*").

Pour les fins du présent renvoi, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen détaillé de chacune de ces dispositions. Les catégories de fournitures énumérées à l'art. 11 de l'avant-projet de loi étant à quelques exceptions près des services, cette disposition laisse elle-même entendre que pratiquement tous les intrants des fournitures exonérées doivent être «transformés» avant leur revente. Aucune de ces catégories n'est analogue aux ventes au détail où le détaillant procède simplement à la revente d'un produit existant. Par exemple, l'enseignant transforme le papier, les stylos, les ordinateurs et les graphiques pour produire un service d'enseignement, tel un cours. De même, les employés des services de garde d'enfants et des services d'aide juridique n'achètent pas ces services pour les revendre. Dans chaque cas, ces per-

and transform them into a product which is entirely different from the inputs.

There will clearly be exceptions to this general characterization of services as necessarily involving transformation or consumption. One might argue, for example, that the toilet used in the construction of an apartment is not "transformed" in the creation of a residential complex. However, in *Cairns* it was held that a tax on such inputs is valid because there is a transformation in putting the components together to make a house. A similar analysis applies to the other categories of services enumerated in s. 11. Taking medical services as an example, the more detailed provisions of the federal and Quebec legislation exempt the supply of drugs and medical or surgical equipment when they are administered in conjunction with the supply of laboratory, radiological or other diagnostic services in a "health care establishment" (see *QST amending Act*, ss. 108 to 110; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part II, ss. 1 to 3). I therefore agree with the Attorneys General that the general tendency of this exemption is to create a direct tax consistent with the constitutional imperatives recognized in earlier decisions.

In addition to the above reasons, my conclusion is based on the fact that the specific provisions related to exempt supplies contained in both the federal and Quebec legislation cited above are extremely detailed and therefore narrowly limit the scope of the exemption. It is conceivable, however, that there will be instances where the wording of the statute could authorize simple resale and therefore the classic passing on of the tax characteristic of indirect taxes. While recognizing the theoretical potential of this possibility, my examination of both the federal and Quebec legislation revealed that the legislators have taken some care to limit such results. In the case of educational services, for example, while cafeteria meals are exempted, the supply of carbonated beverages and pre-packaged goods for sale to consumers are not, nor are sup-

sonnes prennent divers intrants et les transforment en un produit entièrement différent des intrants.

Il y aura évidemment des exceptions à cette qualification générale voulant que les services comportent nécessairement une transformation ou une consommation. Par exemple, on pourrait soutenir que les toilettes installées dans un appartement en construction ne sont pas «transformées» pour créer un immeuble d'habitation. L'arrêt *Cairns* a cependant décidé qu'une taxe sur ce type d'intrants est valide parce qu'il y a transformation lorsqu'on assemble des composantes pour construire une maison d'habitation. Les autres catégories de services énumérées à l'art. 11 s'analysent de la même façon. Prenons, par exemple, les services de santé. Dans ce cas, des dispositions particulières des lois fédérale et québécoise exonèrent la fourniture de médicaments et d'équipement médical ou chirurgical lorsqu'ils sont administrés ou utilisés dans un «établissement de santé», dans le cadre d'une fourniture de service de laboratoire ou de radiologie ou d'un autre service de diagnostic (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 108 à 110, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie II, art. 1 à 3). Je suis donc d'accord avec les procureurs généraux pour dire que cette exemption a pour effet général de créer une taxe directe compatible avec les impératifs constitutionnels reconnus dans les décisions antérieures.

Outre ces motifs, ma conclusion s'appuie aussi sur le fait que les dispositions des lois fédérale et québécoise qui portent spécifiquement sur les fournitures exonérées sont extrêmement détaillées et limitent donc strictement la portée de l'exemption. On peut toutefois concevoir qu'il y ait des cas où le texte de la loi pourrait permettre une simple revente et, en conséquence, le report sur autrui qui est la caractéristique classique des taxes indirectes. Bien que je reconnaisse qu'il y a là une certaine possibilité, du moins en théorie, l'examen des lois fédérale et québécoise fait voir que le législateur a mis un certain soin à la circonscrire. Par exemple, dans le cas des services d'enseignement, la fourniture d'aliments dans les cafétérias d'école est exonérée, mais ne le sont pas la fourniture de boissons gazeuses et d'aliments préemballés pour vente à

plies from vending machines (see *QST amending Act*, s. 131; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part III, s. 12; and *School Cafeteria Food and Beverages (GST) Regulations*, SOR/91-29, December 18, 1990). Similarly, the provisions applicable to public sector bodies exhaustively list the municipal and provincial government services which are exempt (see *QST amending Act*, ss. 161 to 168; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, ss. 19 to 22). In the case of charities, which are included in the definition of public sector bodies, supplies of corporeal property acquired for the purposes of resale are, as a general rule, subject to the tax (see *QST amending Act*, s. 141(5); *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, s. 2(e)). Three exceptions to this general rule exist for cases where a supply of corporeal moveable property is made in the context of fund-raising campaigns, in the course of a business activity carried on exclusively by volunteers or where the supply is made at cost (for the volunteer and direct cost exemptions respectively, see *QST amending Act*, ss. 142 and 148; and *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, ss. 3 and 6). The fund-raising exemption is limited by a number of conditions which include that the body does not carry on the business of selling such property, that all sales persons are volunteers and that the consideration for each item sold does not exceed \$5 (see *QST amending Act*, s. 144; *Excise Tax Act*, Schedule V, Part VI, s. 4). The overwhelming impression one gets from these provisions is that the exceptions are limited in scope and, as such, particular cases of any recoupment of the tax would not affect the general tendency of the tax.

(c) The Small Supplier Exemption

The final element of the proposed tax challenged before us was the small supplier exemption. As noted above, every person engaged in a commercial activity would be obligated under the draft Act to register with the Minister of Revenue and collect the tax on the Minister's behalf. This

des consommateurs, ni d'ailleurs les fournitures de distributeurs automatiques (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 131, la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie III, art. 12, et le *Règlement sur les aliments et les boissons de cafétérias d'école (TPS)*, DORS/91-29, 18 décembre 1990). De même, les dispositions applicables aux organismes du secteur public dressent une liste exhaustive des exonérations reliées aux services fournis par un gouvernement ou une municipalité (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 161 à 168, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, art. 19 à 22). Dans le cas des associations de bienfaisance visées par la définition des organismes du secteur public, la fourniture d'un bien corporel acquis pour fins de revente est, en règle générale, assujettie à la taxe (voir la *Loi modifiant la TVQ*, par. 141(5), et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, al. 2e)). Il existe trois exceptions à cette règle générale dans les cas où la fourniture d'un bien meuble corporel se fait dans le contexte d'une campagne de financement, dans le cadre d'une entreprise exploitée exclusivement par des bénévoles ou si elle est effectuée au prix coûtant (pour l'exemption relative aux bénévoles et au coût direct respectivement, voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 142 et 148, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, art. 3 et 6). L'exemption relative aux campagnes de financement est assortie d'un certain nombre de conditions: que l'organisme n'exploite pas une entreprise dont l'objet est de vendre de tels biens, que tous les vendeurs soient des bénévoles et que la contrepartie de chaque article vendu ne dépasse pas cinq dollars (voir la *Loi modifiant la TVQ*, art. 144, et la *Loi sur la taxe d'accise*, annexe V, partie VI, art. 4). Il se dégage manifestement de ces dispositions que ces exceptions ont une portée limitée. De tels cas particuliers de récupération de la taxe ne sauraient donc modifier l'effet général de la taxe.

c) L'exemption du petit fournisseur

L'exemption du petit fournisseur est le dernier élément de la taxe proposée à faire l'objet d'une contestation. Selon l'avant-projet de loi, quiconque exerce une activité commerciale sera tenu de s'inscrire auprès du ministre du Revenu et de percevoir la taxe pour le compte de celui-ci. Cette inscription

mandatory registration imposes unavoidable administrative costs, the relative significance of which will vary with the size of the business involved. As I concluded above, though these costs will form part of the costs of doing business and will in all likelihood be passed on to the purchasers of taxable supplies, they do not make the tax indirect. The provisions pertaining to small suppliers which exempt certain businesses from these costs would, standing alone, unquestionably have the effect of creating indirect taxation. Small suppliers are required to pay the tax on the goods they purchase and unless they choose to register and incur the accompanying administrative costs, they will not be eligible for the input tax refund. There can be no doubt, however, that unregistered small suppliers will inevitably seek to recoup any money they pay from the consumers of their products. As will be seen though, this reality does not lead to the conclusion that the exemption is *ultra vires* the provincial legislature.

It would seem that a likely cause of non-compliance with the tax scheme by small suppliers, assuming rational economic behaviour, would be that the costs of administration are prohibitive as a result of resource constraints and the competitive circumstances of the market. The proposed regime and the GST could be seen as explicitly acknowledging this possibility by creating an exception for the smallest suppliers. The *amicus curiae*, however, questioned the legitimacy of this exception because it was recognized explicitly by the legislator. With respect, I am unable to agree with the position taken by the *amicus curiae*. The choice of the legislator to recognize and legalize particular factual realities by providing an option to small suppliers not to participate in the collection system cannot alter the general tendency of the tax.

The statistics relating to the importance of small suppliers in the total value of taxable supplies demonstrate that the position of small suppliers is exceptional in the overall scheme. Though there

obligatoire comporte des coûts administratifs inévitables dont l'importance relative varie en fonction de la taille de l'entreprise en cause. Pour les raisons déjà exposées, bien que ces coûts fassent partie des frais généraux et soient, selon toute vraisemblance, reportés sur les acquéreurs de fournitures taxables, ils ne rendent pas pour autant la taxe indirecte. Selon les dispositions relatives aux petits fournisseurs, l'exemption accordée à certaines entreprises quant à ces coûts aurait certes, prise isolément, l'effet de donner lieu à une taxe indirecte. En effet, le petit fournisseur est tenu de payer la taxe sur les produits qu'il achète et il ne sera pas admissible au remboursement de la taxe sur les intrants, sauf s'il décide de s'inscrire et d'assumer les coûts administratifs incidents. Cependant, il ne fait pas de doute que les petits fournisseurs non inscrits chercheront à récupérer des consommateurs de leurs produits toute somme qu'ils auront payée. Comme on le verra cependant, ce fait n'emporte pas la conclusion que cette exemption excède la compétence du législateur provincial.

Il semblerait que, présupposant d'un comportement économique rationnel, il faille retenir comme cause probable de non-respect du régime fiscal par les petits fournisseurs, les coûts administratifs prohibitifs qu'ils devraient assumer en raison des contraintes en matière de ressources et de la concurrence au sein du marché. On peut voir dans le régime proposé et la TPS une reconnaissance explicite de cette possibilité par cette exception pour les plus petits fournisseurs. Cependant, l'*amicus curiae* met en doute la légitimité de cette exception parce qu'elle a été explicitement reconnue par le législateur. En toute déférence, je suis incapable de souscrire à cette position de l'*amicus curiae*. Le choix du législateur de reconnaître et de légaliser certaines situations particulières en permettant aux petits fournisseurs de ne pas participer au système de perception ne saurait modifier l'effet général de la taxe.

Les statistiques sur la valeur des fournitures taxables effectuées par les petits fournisseurs par rapport à celle de la totalité des fournitures taxables démontrent que la position des petits four-

are an estimated 400,000 small suppliers in Quebec, they account for a very small portion of total economic activity. The statistics provided to us indicate that small suppliers were responsible for approximately 0.61 percent of the taxable supplies made by Canadian firms and individuals and a slightly higher percentage when Quebec is viewed in isolation. It should be recognized that these figures include small suppliers who transform their taxed inputs. In those cases, the tax is direct under the principles recognized in *Cairns, supra*, and other cases. Furthermore, the Attorney General of Quebec noted that a large number of small suppliers choose to register in any event as they are entitled to do (or are obliged to because their customers insist). Finally, the exceptional nature of the circumstances contemplated by the exemption as reflected in these statistics and facts seems particularly persuasive when one considers that the persons envisaged by this exemption under the GST are typically students who run their own summer business, small non-profit and charitable groups selling goods or services to raise funds and people who work part-time such as retired accountants or persons selling goods from their home (*Goods and Services Tax: A Summary*, October 1990, Department of Finance, at p. 58).

To hold that the exemption is *ultra vires* the provincial legislatures would be an absurd result given that the exemption, as it was conceived in the case of the GST, was originally created because of the significantly higher compliance costs for small firms relative to large firms (see, for example, *The White Paper: Tax Reform 1987*, Department of Finance, June 18, 1987, at p. 23). The exemption in the proposed legislation is therefore an express policy decision based on, we can presume, the unjustifiable nature of imposing these administrative costs on firms below a certain level of revenues. The Attorney General of Quebec suggested

nisseurs est exceptionnelle dans l'ensemble du régime. Bien que l'on estime à 400 000 le nombre de petits fournisseurs au Québec, ils représentent une infime partie de l'ensemble de l'activité économique. D'après les statistiques qui nous ont été fournies, la part des fournitures taxables effectuées par les petits fournisseurs représente approximativement 0,61 pour 100 des fournitures taxables effectuées par les entreprises et les particuliers canadiens; ce pourcentage est légèrement supérieur lorsque le Québec est pris isolément. Il faut aussi reconnaître que ces chiffres comprennent les petits fournisseurs qui transforment leurs intrants taxés. Dans ces cas, la taxe est directe selon les principes reconnus dans l'arrêt *Cairns*, précité, et d'autres décisions. De plus, le procureur général du Québec fait remarquer qu'un nombre important de petits fournisseurs choisissent, en tout état de cause, de s'inscrire comme ils ont le droit de le faire (ou le font pour répondre aux exigences de leurs clients). Enfin, la nature exceptionnelle des circonstances envisagées par l'exemption qui ressort de ces statistiques semble particulièrement évidente si on considère que les personnes visées par cette exemption de la TPS sont généralement des étudiants exploitant leur propre entreprise pendant l'été, des associations de bienfaisance ou sans but lucratif qui vendent des produits ou des services pour recueillir des fonds, et des personnes qui travaillent à temps partiel, tels des comptables à la retraite ou des personnes qui vendent des produits de leur domicile (*Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble*, octobre 1990, Ministère des Finances, aux pp. 64 et 65).

Conclure que l'exemption excède la compétence du législateur provincial serait un résultat absurde. En effet, l'exemption, du moins celle prévue dans la TPS, avait été initialement créée parce que les petites entreprises avaient des coûts de perception relativement beaucoup plus élevés que les grandes entreprises (voir, par exemple, le *Livre blanc: Réforme fiscale 1987*, Ministère des Finances, 18 juin 1987, à la p. 23). Aussi, l'exemption prévue dans l'avant-projet de loi est-elle l'expression d'une décision de principe reconnaissant qu'il serait injustifiable d'imposer de tels coûts administratifs à des entreprises dont les revenus sont infé-

that incurring these costs would be untenable both for the Minister of Revenue, presumably in terms of revenues generated, as well as for the small suppliers given the particular competitive circumstances and resource constraints they face.

The small supplier exemption is thus simply an incidental element of the efficient administration of the proposed consumption tax. It is, however, a crucial element of the efficient collection of the tax. The acceptance by this Court and the Privy Council that provincial consumption taxes could be collected by suppliers necessarily laid the foundation for the particular case raised by this exemption as well as its validity. Implicit in the decision to accept that suppliers could collect consumption taxes without transforming the tax into an indirect tax through the imposition of the associated costs was the recognition that the administration of such taxes will necessarily cause certain costs to be attached to the scheme which will not affect the scheme's constitutional validity. No doubt the small supplier (exempted from these costs) would attempt to collect the tax from the consumer, but that in my mind is precisely the person who the legislature intended would pay it. That is what the Act as a whole is aimed at. Small suppliers, like all other suppliers, may register for reimbursement, but they may if they find it convenient choose not to do so. They are simply exempted in this way, then, for administrative convenience and not to change the general incidence of the tax. By the effect of the general scheme, of which their operations form a minimal part, they are effectively agents of the government for collection of the tax like other suppliers. What we have here is a mere administrative device to complete the contours of the scheme by avoiding expensive collection machinery in this residuary part of the scheme as well as inconvenience to these small suppliers. Because of the minimal role small suppliers play in the total scheme envisaged by the tax, they

rieurs à un certain niveau. Selon le procureur général du Québec, le ministre du Revenu lui-même ne saurait assumer de tels coûts eu égard aux revenus à percevoir, non plus que les petits fournisseurs, en raison de la concurrence et des contraintes en matière de ressources auxquelles ils doivent faire face.

L'exemption du petit fournisseur est donc simplement un élément accessoire visant le bon fonctionnement de la taxe proposée à la consommation. Il s'agit même d'un aspect important de la perception efficace de la taxe. En acceptant que des taxes provinciales à la consommation puissent être perçues par des fournisseurs, notre Cour et le Conseil privé ont nécessairement ouvert la voie au cas particulier soulevé par la présente exemption et à la reconnaissance de sa validité. En décidant que des fournisseurs peuvent percevoir des taxes à la consommation sans que celles-ci ne deviennent pour autant des taxes indirectes en raison des coûts connexes, on a implicitement reconnu que l'application de ces taxes comportera nécessairement certains coûts reliés au régime sans que ceci n'ait d'incidence sur sa constitutionnalité. Sans doute le petit fournisseur (exempté de ces coûts) tentera-t-il de percevoir cette taxe auprès du consommateur, mais voilà justement, à mon avis, la personne que le législateur a voulu faire payer. C'est ce que vise l'ensemble de la Loi. À l'instar des autres fournisseurs, les petits fournisseurs peuvent s'inscrire pour obtenir un remboursement, mais peuvent choisir de ne pas le faire si cela leur convient. Ils se trouvent alors simplement exemptés pour des motifs de commodité administrative et non pour modifier l'incidence générale de la taxe. De par l'effet du régime général dont les opérations des petits fournisseurs représentent une petite partie, ces derniers sont en réalité, à l'instar des autres fournisseurs, les mandataires du gouvernement aux fins de la perception de la taxe. Nous sommes donc en présence d'un simple mécanisme administratif qui vient parfaire le régime en évitant, d'une part, le recours à un mécanisme coûteux de perception dans cette partie résiduaire du régime, et d'autre part, les inconvénients pour ces petits fournisseurs. Compte tenu du rôle minime que les petits fournisseurs jouent dans l'ensemble du régime envisagé

would be effectively in the same position as all other retailers who fall within the scheme.

IV — Conclusion

Careful scrutiny of the proposal to transform the QST into a value-added tax similar in all essential respects to the GST reveals that the proposed tax could be validly adopted by the Legislature of Quebec pursuant to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Both the general regime of the tax, through the mechanism of the input tax refund, and the various exemptions create a tax the general tendency of which is direct. The constitutional questions are therefore answered as follows:

1. Is it within the legislative authority of the Legislature of Quebec to impose, by way of provisions similar to those in the schedule attached hereto, a tax in respect of the supply of property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of making a new supply of it, or in respect of the supply of a property or a service to a recipient who receives it for the sole purpose of its becoming a component part of another property or service to be supplied by the recipient, particularly in view of the input tax refund provisions? If not, in what particular or particulars and to what extent?

Answer: Yes.

2. Is it within the legislative authority of the Legislature of a Province to impose a tax within the province similar to the goods and services tax imposed pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, Part IX, as amended by S.C. 1990, c. 45? If not, in what particular or particulars and to what extent?

Answer: Yes.

SCHEDULE

DRAFT HARMONIZATION QUÉBEC SALES TAX — GOODS AND SERVICES TAX

Definitions

1. For the purposes of this document, unless the context indicates otherwise,

par la taxe, ils se trouveraient en fait dans la même position que tous les autres détaillants visés par le régime.

a IV — Conclusion

Un examen attentif de la proposition de transformer la TVQ en une taxe à la valeur ajoutée qui, pour l'essentiel, serait semblable à la TPS, fait ressortir que la législature du Québec pourrait adopter la taxe proposée dans le respect du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le régime général de la taxe, avec son mécanisme de remboursement de la taxe sur les intrants, et les diverses exemptions créent une taxe qui a un effet général direct. Les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes:

1. La législature du Québec est-elle compétente pour imposer, selon des modalités semblables à celles contenues au document produit en annexe, une taxe à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin d'en effectuer à nouveau la fourniture, ou à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service à un acquéreur qui le reçoit uniquement afin qu'il soit composant d'un autre bien ou d'un autre service dont il effectuera la fourniture, compte tenu notamment des modalités relatives au remboursement de la taxe sur les intrants? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Réponse: Oui.

2. La législature d'une province est-elle compétente pour adopter une loi visant à imposer une taxe, à l'intérieur de la province, similaire à la taxe sur les produits et services imposée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, modifiée par L.C. (1990), ch. 45? Dans la négative, à quel égard ou à quels égards et dans quelle mesure?

Réponse: Oui.

ANNEXE

ÉBAUCHE D'UNE HARMONISATION DE LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC AVEC LA TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES

Définitions

1. Pour l'application du présent document, à moins que le contexte n'indique un sens différent, l'expression:

“commercial activity” means

- (1) any business carried on by a person,
- (2) any adventure or concern of a person in the nature of trade, and

(3) any activity engaged in by a person that involves the supply of an immovable or of a right or interest in respect of an immovable by that person;

however, “commercial activity” does not include

(4) an activity engaged in by a person to the extent that it involves the making of an exempt supply by the person,

(5) an activity engaged in by an individual without a reasonable expectation of profit, or

(6) the performance of any activity or duty in relation to an office or employment;

“person” means a corporation, trust, individual, partnership or succession or a body that is an association, club, commission, union or other organization of any kind;

“prescribed” means prescribed by regulation or determined in accordance with rules prescribed by regulation;

“recipient”, in respect of a supply, means the person who pays or agrees to pay consideration for the supply or, if no consideration is or is to be paid for the supply, the person to whom the supply is made;

“registrant” means a person who is registered, or who is required to apply to be registered, under this document;

“service” means anything other than property, money and anything that is supplied to an employer by a person who is or agrees to become an officer or employee of the employer in the course of or in relation to his office or employment;

“small supplier”, at any time, means a person who, at that time, is a small supplier under sections 18 and 19, unless the person is not, at that time, a small supplier under section 148 of the Excise Tax Act (Statutes of Canada);

“supplier”, in respect of a supply, means the person making the supply;

«acquéreur», à l'égard d'une fourniture, signifie la personne qui paie ou accepte de payer la contrepartie de la fourniture ou, si aucune contrepartie n'est payée ou n'est à payer pour la fourniture, la personne à qui la fourniture est effectuée;

«activité commerciale» signifie:

1^o une entreprise exploitée par une personne;

2^o un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial d'une personne;

3^o une activité exercée par une personne qui implique la fourniture par celle-ci d'un immeuble ou d'un droit dans un immeuble;

toutefois, l'expression «activité commerciale» exclut:

4^o une activité exercée par une personne dans la mesure où elle implique la réalisation par celle-ci d'une fourniture exonérée;

5^o une activité exercée par un particulier sans expectative raisonnable de profit;

6^o l'accomplissement d'une activité ou d'une fonction relative à une charge ou à un emploi;

«fournisseur», à l'égard d'une fourniture, signifie la personne qui effectue la fourniture;

«fourniture» signifie la délivrance d'un bien ou la prestation d'un service, de quelque manière que ce soit, y compris par vente, transfert, troc, échange, licence, louage, donation ou aliénation;

«fourniture taxable» signifie une fourniture qui est effectuée dans le cadre d'une activité commerciale, mais ne comprend pas une fourniture exonérée;

«inscrit» signifie une personne qui est inscrite, ou qui est tenue de présenter une demande d'inscription, en vertu du présent document;

«personne» signifie une corporation, une fiducie, un particulier, une société, une succession ou un organisme qui est une association, un club, une commission, un syndicat ou une autre organisation;

«petit fournisseur» signifie une personne qui, à un moment quelconque, est un petit fournisseur en vertu des articles 18 et 19, sauf si, à ce moment, cette personne n'est pas un petit fournisseur en vertu de l'article 148 de la Loi sur la taxe d'accise (Statuts du Canada);

“supply” means the provision of property or a service in any manner, including sale, transfer, barter, exchange, licence, lease, gift or alienation;

“taxable supply” means a supply that is made in the course of a commercial activity, but does not include an exempt supply.

TAXATION

Imposition of tax

Taxable supply made in Québec

2. Every recipient of a taxable supply made in Québec shall, on the earlier of the day the consideration for the supply is paid and the day the consideration for the supply becomes due, pay to the Minister of Revenue a tax in respect of the supply equal to 8 % of the value of the consideration for the supply.

Notwithstanding the first paragraph, the rate of the tax is 4 % in respect of the supply of incorporeal movable property or an immovable or service, other than

(1) the supply of a telephone service;

(2) the supply of a telecommunication or a telecommunication service in respect of which the tax prescribed by the Telecommunications Tax Act (R.S.Q., chapter T-4) would apply but for section 14 of the said Act.

However, the rate of the tax in respect of a taxable supply that is a zero-rated supply is 0 %.

Corporeal property brought into Québec

3. Every person who brings into Québec corporeal property for consumption or use in Québec by the person or at his expense by another person shall, immediately after arrival of the property in Québec, pay to the Minister a tax equal to 8 % of the value of the property, except in the case of an immovable, in which case the tax shall be equal to 4 % of its value.

For the purposes of the first paragraph, the value of the property means

(1) in the case of property produced by the person outside Québec but in Canada and brought into Québec within 12 months after it is produced, the cost price of the property, including the tax paid or payable by the

«prescrit» signifie prescrit par règlement ou déterminé conformément à des règles prescrites par règlement;

«service» signifie tout ce qui n'est pas un bien, ni de l'argent, ni tout ce qui est fourni à un employeur par une personne qui est son salarié ou son cadre, ou qui accepte de le devenir, dans le cadre de la charge ou de l'emploi de la personne ou relativement à cette charge ou à cet emploi.

IMPOSITION DE LA TAXE

Assujettissement

c Fourniture taxable effectuée au Québec

2. Tout acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Québec doit, au premier en date du jour où la contrepartie de la fourniture est payée et du jour où cette contrepartie devient due, payer au ministre du Revenu une taxe à l'égard de la fourniture égale à 8 % de la valeur de la contrepartie de la fourniture.

Malgré le premier alinéa, le taux de la taxe est de 4 % à l'égard de la fourniture d'un bien meuble incorporel, d'un immeuble ou d'un service, autre que:

1° la fourniture d'un service de téléphone;

2° la fourniture d'une télécommunication ou d'un service de télécommunication à l'égard de laquelle la taxe prévue par la Loi concernant la taxe sur les télécommunications (L.R.Q., chapitre T-4) s'appliquerait si ce n'était de l'article 14 de cette loi.

Toutefois, le taux de la taxe à l'égard d'une fourniture taxable qui est une fourniture détaxée est nul.

Apport au Québec d'un bien corporel

3. Toute personne qui apporte au Québec un bien corporel, pour consommation ou utilisation au Québec par elle-même ou à ses frais par une autre personne, doit, immédiatement après l'apport, payer au ministre une taxe à l'égard de ce bien égale à 8 % de la valeur de celui-ci sauf s'il s'agit d'un immeuble auquel cas la taxe est égale à 4 % de sa valeur.

Pour l'application du premier alinéa, la valeur d'un bien signifie:

1° dans le cas d'un bien produit par la personne hors du Québec au Canada et apporté au Québec dans les 12 mois de sa production, le prix de revient du bien, y compris la taxe payée ou payable par cette personne en vertu

person under Part IX of the Excise Tax Act (Statutes of Canada) in respect of the elements of the cost price;

(2) in the case of property supplied to the person outside Québec by way of sale and consumed or used in Québec within 12 months after it is supplied, the value of the consideration for the supply;

(3) in the case of property supplied to the person by way of lease, licence or similar arrangement outside Québec, the value of the consideration for the supply that can reasonably be attributed to the right of enjoyment of the property in Québec;

(4) in any other case, the fair market value of the property.

Notwithstanding the second paragraph, the value of property brought into Québec in prescribed circumstances shall be determined in the prescribed manner.

The first paragraph does not apply in respect of

(1) corporeal property, where tax under section 2 is payable in respect of the supply of the property;

(2) prescribed goods;

(3) corporeal property brought into Québec by a registrant for exclusive consumption or use in the course of the commercial activities of the registrant and in respect of which the registrant would, if he had paid tax under the first paragraph in respect of the property, be entitled to apply for an input tax refund.

A person who brings corporeal property into Québec includes any person who causes such property to be brought into Québec.

Taxable supply made outside Québec

4. Every recipient of a taxable supply of incorporeal movable property or a service that is made outside Québec shall pay to the Minister a tax in respect of the supply, calculated at the rate provided for in the second paragraph on the basis of the value of the consideration for the supply, if the recipient is resident in Québec and may reasonably be regarded as having received the property or service for use in Québec otherwise than exclusively in the course of a commercial activity.

The rate of tax to which the first paragraph refers is the rate that would be applicable in respect of the supply under section 2 if the supply were made in Québec.

de la partie IX de la Loi sur la taxe d'accise (Statuts du Canada) à l'égard des éléments de ce prix de revient;

2^o dans le cas d'un bien fourni à la personne hors du Québec par vente et consommé ou utilisé au Québec dans les 12 mois de la fourniture, la valeur de la contrepartie de la fourniture;

3^o dans le cas d'un bien fourni à la personne par louage, licence ou accord semblable hors du Québec, la valeur de la contrepartie de la fourniture qui est raisonnablement attribuable au droit de jouissance du bien au Québec;

4^o dans tout autre cas, la juste valeur marchande du bien.

Malgré le deuxième alinéa, la valeur d'un bien apporté au Québec dans les circonstances prescrites doit être déterminée de la manière prescrite.

Le premier alinéa ne s'applique pas à l'égard, selon le cas:

1^o d'un bien corporel, si la taxe prévue à l'article 2 est payable à l'égard de la fourniture du bien;

2^o des biens prescrits;

3^o d'un bien corporel qu'un inscrit apporte au Québec pour consommation ou utilisation exclusive dans le cadre de ses activités commerciales et à l'égard duquel l'inscrit aurait le droit de demander un remboursement de la taxe sur les intrants s'il avait payé la taxe prévue au premier alinéa à l'égard du bien.

Une personne qui apporte au Québec un bien corporel s'entend aussi d'une personne qui fait apporter au Québec un bien corporel.

Fourniture taxable effectuée hors du Québec

4. Tout acquéreur d'une fourniture taxable d'un bien meuble incorporel ou d'un service effectuée hors du Québec doit payer au ministre une taxe à l'égard de la fourniture calculée au taux prévu au deuxième alinéa sur la valeur de la contrepartie de la fourniture, s'il réside au Québec et s'il est raisonnable de considérer qu'il a reçu le bien ou le service pour utilisation au Québec autrement qu'exclusivement dans le cadre d'une activité commerciale.

Le taux de la taxe auquel réfère le premier alinéa est celui qui serait applicable à l'égard de la fourniture en vertu de l'article 2 si celle-ci était effectuée au Québec.

Taxable supply of a road vehicle

5. A supply, made otherwise than in the course of a commercial activity, of a road vehicle that must be registered under the Highway Safety Code (R.S.Q., chapter C-24.2) following an application by the recipient of the supply is deemed to be a taxable supply.

Presumptions respecting place of supply*Supply deemed to be made in Québec*

6. A supply is deemed to be made in Québec if

(1) in the case of a supply by way of sale of corporeal movable property, the property is, or is to be, delivered in Québec to the recipient of the supply;

(2) in the case of a supply of corporeal movable property otherwise than by way of sale, possession or use of the property is given or made available in Québec to the recipient of the supply;

(3) in the case of a supply of incorporeal movable property,

(a) the property may be used in whole or in part in Québec and the recipient is resident in Québec or registered under this document, or

(b) the property relates to an immovable situated in Québec, to corporeal movable property ordinarily situated in Québec or to a service to be performed in Québec;

(4) in the case of a supply of an immovable or of a service in relation to an immovable, the immovable is situated in Québec;

(5) in the case of a supply of a telecommunication service, the instrument or facility for the emission, transmission or reception of the service in respect of which the invoice for the supply is, or is to be, issued is ordinarily situated in Québec;

(6) the supply is a supply of a prescribed service; or

(7) in the case of a supply of any other service,

(a) the service is or is to be performed wholly in Québec; or

(b) the service is or is to be performed in part in Québec.

Fourniture taxable d'un véhicule routier

5. La fourniture, effectuée autrement que dans le cadre d'une activité commerciale d'un véhicule routier qui doit être immatriculé en vertu du Code de la sécurité routière (L.R.Q., chapitre C-24.2) suite à une demande de son acquéreur est réputée constituer une fourniture taxable.

Présomptions relatives au lieu de la fourniture*Fourniture réputée effectuée au Québec*

6. Une fourniture est réputée effectuée au Québec si:

1^o dans le cas de la fourniture d'un bien meuble corporel par vente, celui-ci est délivré au Québec à l'acquéreur de la fourniture ou doit l'être;

2^o dans le cas de la fourniture d'un bien meuble corporel autrement que par vente, la possession ou l'utilisation du bien est accordée au Québec à l'acquéreur de la fourniture ou y est mise à sa disposition;

3^o dans le cas de la fourniture d'un bien meuble incorporel, selon le cas:

a) le bien peut être utilisé en tout ou en partie au Québec et l'acquéreur réside au Québec ou est inscrit en vertu du présent document;

b) le bien se rapporte à un immeuble situé au Québec, à un bien meuble corporel habituellement situé au Québec ou à un service qui doit être exécuté au Québec;

4^o dans le cas de la fourniture d'un immeuble ou d'un service relatif à un immeuble, l'immeuble est situé au Québec;

5^o dans le cas de la fourniture d'un service de télécommunication, l'appareil ou les installations permettant l'émission, la transmission ou la réception du service à l'égard duquel la facture pour la fourniture est émise ou doit l'être, sont habituellement situés au Québec;

6^o la fourniture constitue la fourniture d'un service prescrit;

7^o dans le cas de la fourniture de tout autre service:

a) celui-ci est exécuté en tout au Québec ou doit l'être;

b) celui-ci est exécuté en partie au Québec ou doit l'être.

Consideration*Value of consideration — general rule*

7. The value of the consideration, or any part thereof, for a supply is deemed to be equal,

(1) where the consideration or that part is expressed in money, to the amount of the money; and

(2) where the consideration or that part is expressed otherwise than in money, to the fair market value of the consideration or that part at the time the supply was made.

Duties, fees and taxes

8. The consideration for a supply includes any duty, fee or tax imposed under an Act of the legislature of Québec, another province, the Northwest Territories, the Yukon Territory or of the Parliament of Canada on the recipient or the supplier of the supply in respect of the supply, production, importation into Canada, consumption or use of the property or service supplied that is payable by the recipient or the supplier.

Notwithstanding the first paragraph, the consideration for a supply does not include the tax payable under this document or a prescribed duty, fee or tax.

Expense incurred in supply of a service

9. Where, in making a supply of a service, a person incurs an expense for which the person is reimbursed by the recipient of the supply, the amount of the reimbursement is deemed to be part of the consideration for the supply of the service, except to the extent that the expense was incurred by the person as a mandatary of the recipient.

Specific rules respecting taxation*Supply by a small supplier*

10. Where a person makes a taxable supply and the consideration, or a part thereof, for the supply becomes due, or is paid before it becomes due, at a time when the person is a small supplier who is not a registrant, that consideration or part thereof, as the case may be, shall not be included in calculating the tax payable in respect of the supply.

This section does not apply to a supply of an immovable by way of sale.

Contrepartie*Valeur de la contrepartie — règle générale*

7. La valeur de la contrepartie d'une fourniture ou d'une partie de cette contrepartie est réputée égale:

1^o dans le cas où la contrepartie ou la partie de celle-ci est exprimée en argent, à ce montant d'argent;

2^o dans le cas où la contrepartie ou la partie de celle-ci est exprimée autrement qu'en argent, à la juste valeur marchande de la contrepartie ou de la partie de celle-ci au moment où la fourniture est effectuée.

c Droits et taxes à inclure

8. La contrepartie d'une fourniture comprend les droits, les frais ou les taxes qui sont imposés, en vertu d'une loi du Québec, d'une autre province, des Territoires du Nord-Ouest, du territoire du Yukon ou du Canada, à l'acquéreur ou au fournisseur, à l'égard de la fourniture, de la production, de l'importation au Canada, de la consommation ou de l'utilisation du bien ou du service fourni et qui sont payables par l'acquéreur ou le fournisseur.

Malgré le premier alinéa, la contrepartie d'une fourniture ne comprend pas la taxe payable en vertu du présent document ni les droits, les frais ou les taxes prescrits.

f Dépense engagée dans une fourniture de service

9. Dans le cas où une personne engage une dépense en effectuant la fourniture d'un service et que l'acquéreur de cette fourniture lui rembourse cette dépense, le montant du remboursement est réputé faire partie de la contrepartie de la fourniture, sauf dans la mesure où la dépense est engagée par la personne à titre de mandataire de l'acquéreur.

Règles particulières relatives à l'imposition*h Fourniture par un petit fournisseur*

10. La totalité ou la partie de la contrepartie d'une fourniture taxable qui devient due, ou qui est payée avant qu'elle ne devienne due, à un moment où la personne qui effectue la fourniture est un petit fournisseur qui n'est pas un inscrit, ne doit pas être incluse dans le calcul de la taxe payable à l'égard de la fourniture.

Le présent article ne s'applique pas à l'égard de la fourniture d'un immeuble par vente.

EXEMPT SUPPLY*Exempt supply*¹

11. The following supplies are exempt:

- (1) a supply of a residential complex;
- (2) a supply of a health care service;
- (3) a supply of an educational service;
- (4) a supply of a child and personal care service;
- (5) a supply of a legal aid service;
- (6) a supply made by a public sector body.

ZERO-RATED SUPPLY*Zero-rated supply*²

12. The following supplies are zero-rated:

- (1) a supply of medication;
- (2) a supply of a medical device;
- (3) a supply of basic groceries;
- (4) a supply of agriculture and fishing products;
- (5) a supply shipped outside Québec;
- (6) a supply of a travel service;
- (7) a supply of a transportation service.

INPUT TAX REFUND*Exclusively commercial activities*

13. Where property or a service is acquired or brought into Québec by a registrant for consumption, use or supply exclusively in the course of commercial activities of the registrant, the input tax refund of the registrant in respect of the property or service for a reporting period of the registrant is the amount of any tax that became payable or, if it had not become paya-

¹ Supplies described in sections 93 to 172 of the *Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation* (S.Q. 1991, c. 67).

² Supplies described in sections 173 to 198 of the Act mentioned in footnote 1.

FOURNITURE EXONÉRÉE*Fourniture exonérée*¹

11. Les fournitures suivantes sont exonérées:

- a* 1^o la fourniture d'un immeuble d'habitation;
- 2^o la fourniture d'un service de santé;
- 3^o la fourniture d'un service d'enseignement;
- b* 4^o la fourniture d'un service de garde d'enfants et de soins personnels;
- 5^o la fourniture d'un service d'aide juridique;
- c* 6^o les fournitures effectuées par un organisme du secteur public.

FOURNITURE DÉTAXÉE*Fourniture détaxée*²

12. Les fournitures suivantes sont détaxées:

- 1^o la fourniture de médicaments;
- e* 2^o la fourniture d'un appareil médical;
- 3^o la fourniture d'un produit alimentaire de base;
- 4^o la fourniture des produits de l'agriculture et de la pêche;
- f* 5^o la fourniture expédiée hors du Québec;
- 6^o la fourniture d'un service à un voyageur;
- 7^o la fourniture d'un service de transport.

g **REMBOURSEMENT DE LA TAXE SUR LES INTRANTS***Activités exclusivement commerciales*

13. Le remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit à l'égard d'un bien ou d'un service qu'il acquiert, ou apporte au Québec, pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive dans le cadre de ses activités commerciales correspond, pour une période de déclaration de l'inscrit, au montant de la taxe devenue payable ou, si elle n'est pas devenue payable, payée par celui-ci

¹ Il s'agit des fournitures qui sont décrites aux articles 93 à 172 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal* (L.Q., 1991, chapitre 67).

² Il s'agit des fournitures qui sont décrites aux articles 173 à 198 de la Loi mentionnée à la note 1.

ble, was paid by the registrant in that period in respect of the acquisition or bringing into Québec by the registrant of the property or service.

For the purposes of this section, where an invoice for an amount is issued to a registrant in respect of a taxable supply made in Québec to the registrant, tax under section 2 calculated on that amount is deemed to have become payable on the date of the invoice.

Application

14. Where property or a service is acquired or brought into Québec by a registrant for non-exclusive consumption, use or supply (in this section referred to as the "intended use") in the course of commercial activities of the registrant, the input tax refund of the registrant in respect of the property or service for a reporting period of the registrant is the amount determined by the formula

$$A \times B.$$

For the purposes of this formula,

(1) A is the amount that would be determined under the first paragraph of section 13 in respect of the property or service if that section were read without reference to the word "exclusively"; and

(2) B is the percentage that the intended use of the property or service in those commercial activities of the registrant is of the total intended use of the property or service.

Restriction

15. In determining an input tax refund of a registrant, no amount shall be included in respect of the tax payable by the registrant in respect of the following supplies made to, or brought into Québec by, the registrant:

(1) a supply of a membership in a club the main purpose of which is to provide recreational, sporting or dining facilities;

(2) a supply or the bringing into Québec of property or a service that is acquired or brought in by the registrant at any time in or before a reporting period of the registrant exclusively for the personal consumption, use or enjoyment (in this section and in section 16 referred to as the "benefit") in that period of a particular individual who was, is or agrees to become an officer or employee of the registrant, or of another individual related to the particular individual;

au cours de cette période à l'égard de l'acquisition ou de l'apport du bien ou du service.

Pour l'application du présent article, dans le cas où une facture est émise à un inscrit à l'égard d'une fourniture taxable qui lui est effectuée au Québec, la taxe prévue à l'article 2 calculée sur le montant de la facture est réputée devenue payable à la date apparaissant sur celle-ci.

Application

14. Le remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit à l'égard d'un bien ou d'un service qu'il acquiert, ou apporte au Québec, pour consommation, utilisation ou fourniture — appelée «usage projeté» dans le présent article — non exclusive dans le cadre de ses activités commerciales correspond, pour une période de déclaration de l'inscrit, au montant déterminé selon la formule suivante:

$$A \times B.$$

Pour l'application de cette formule:

1^o la lettre A représente le montant qui serait déterminé en vertu du premier alinéa de l'article 13 à l'égard du bien ou du service, si cet article était lu en faisant abstraction du mot «exclusive»;

2^o la lettre B représente la proportion de l'usage projeté du bien ou du service dans le cadre de ces activités commerciales de l'inscrit par rapport à l'usage projeté total du bien ou du service.

Restriction

15. Dans le calcul du remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit, aucun montant ne doit être inclus à l'égard de la taxe payable par celui-ci relativement aux fournitures, ou aux apports au Québec, suivants:

1^o la fourniture d'un droit d'adhésion à un club dont l'objet principal est d'offrir des installations pour les loisirs, les sports ou les repas;

2^o la fourniture ou l'apport d'un bien ou d'un service que l'inscrit acquiert ou apporte au cours d'une période de déclaration, ou avant, exclusivement pour la consommation, l'utilisation ou la jouissance personnelle — appelée «avantage» dans le présent article et dans l'article 16 —, au cours de cette période, soit d'un particulier qui est le cadre ou le salarié de l'inscrit, ou qui a accepté de le devenir ou cessé de l'être, soit d'un autre particulier lié à un tel particulier;

(3) a supply made in or before a reporting period of the registrant of property, by way of lease, licence or similar arrangement, primarily for the personal consumption, use or enjoyment in that period of

(a) where the registrant is an individual, the registrant or another individual related to the registrant;

(b) where the registrant is a partnership, an individual who is a member of the partnership or another individual who is an employee, officer or shareholder of, or related to, a member of the partnership;

(c) where the registrant is a corporation, an individual who is a shareholder of the corporation or another individual related to the shareholder; and

(d) where the registrant is a trust, an individual who is a beneficiary of the trust or another individual related to the beneficiary.

Exceptions

16. Paragraph 2 of section 15 does not apply in the following cases:

(1) the registrant makes a taxable supply of the property or service to the particular individual or the other individual for consideration that becomes due in that period and that is equal to the fair market value of the property or service at the time the consideration becomes due; or

(2) if no amount were payable for the benefit by the particular individual who was, is or agrees to become an officer or employee of the registrant, no amount would be included under sections 34 to 47.17 of the Taxation Act (R.S.Q., chapter I-3) in respect of the benefit in computing the income of the particular individual.

Similarly, paragraph 3 of section 15 does not apply where the registrant makes a taxable supply of the property in that period to such an individual for consideration that becomes due in that period and that is equal to the fair market value of the supply at the time the consideration becomes due.

Restriction

17. In determining an input tax refund of a registrant, no amount shall be included in respect of the tax payable by the registrant in respect of the supply or bringing

3° la fourniture d'un bien effectuée par louage, licence ou accord semblable au cours d'une période de déclaration de l'inscrit, ou avant, principalement pour la consommation, l'utilisation ou la jouissance personnelle, au cours de cette période, d'un des particuliers suivants:

a) si l'inscrit est un particulier, celui-ci ou un autre particulier qui lui est lié;

b) si l'inscrit est une société, un particulier qui est membre de celle-ci ou un autre particulier qui est un salarié, un cadre ou un actionnaire d'un membre de la société ou qui est lié à un membre de la société;

c) si l'inscrit est une corporation, un particulier qui est actionnaire de celle-ci ou un autre particulier qui est lié à cet actionnaire;

d) si l'inscrit est une fiducie, un particulier qui est bénéficiaire de celle-ci ou un autre particulier qui est lié à ce bénéficiaire.

Exceptions

16. Le paragraphe 2° de l'article 15 ne s'applique pas dans les situations suivantes:

1° l'inscrit effectue une fourniture taxable du bien ou du service à l'un des particuliers visés à ce paragraphe, pour une contrepartie qui devient due au cours de la période qui y est visée et qui est égale à la juste valeur marchande du bien ou du service au moment où la contrepartie devient due;

2° si aucun montant n'était payable pour l'avantage par le particulier qui est le cadre ou le salarié de l'inscrit, ou qui a accepté de le devenir ou cessé de l'être, aucun montant ne serait inclus à l'égard de l'avantage dans le calcul du revenu de ce particulier en vertu des articles 34 à 47.17 de la Loi sur les impôts (L.R.Q., chapitre I-3).

De même, le paragraphe 3° de l'article 15 ne s'applique pas si l'inscrit effectue une fourniture taxable du bien au cours de la période visée à ce paragraphe à l'un des particuliers qui y est visé, pour une contrepartie qui devient due au cours de cette période et qui est égale à la juste valeur marchande de la fourniture au moment où la contrepartie devient due.

Restriction

17. Dans le calcul du remboursement de la taxe sur les intrants d'un inscrit, aucun montant ne doit être inclus à l'égard de la taxe payable par celui-ci relative-

into Québec of a book for which he is entitled to compensation under section 24.

SMALL SUPPLIER

Small supplier

18. A person is a small supplier throughout a particular calendar quarter and the first month immediately following the particular calendar quarter if the total referred to in paragraph (1) does not exceed the sum of the total referred to in paragraph (2) and \$30 000:

(1) the total of all amounts each of which is the value of consideration that became due in the four calendar quarters immediately preceding the particular calendar quarter, or that was paid in those four calendar quarters without having become due, to the person or an associate of the person at the beginning of the particular calendar quarter for taxable supplies, other than supplies by way of sale of capital property of the person or of the associate, made by the person or the associate in the course of commercial activities;

(2) where, in the four calendar quarters immediately preceding the particular calendar quarter, the person or an associate of the person at the beginning of the particular calendar quarter made a taxable supply of a right to participate in a game of chance, the total of all amounts each of which is

(a) an amount of money paid or payable by the person or associate as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet; or

(b) consideration paid or payable by the person or the associate for property or a service that is given as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet.

Exception

19. Notwithstanding section 18, where at any time in a calendar quarter, the total referred to in paragraph (1) exceeds the sum of the total referred to in paragraph (2) and \$30 000:

(1) the total of all amounts each of which is the value of the consideration that became due in the calendar quarter or was paid in that calendar quarter without having become due, to a person or to an associate of the person at the beginning of the calendar quarter for taxable supplies, other than supplies by way of sale of capi-

ment à la fourniture, ou à l'apport au Québec, d'un livre pour lequel il a droit à une compensation en vertu de l'article 24.

PETIT FOURNISSEUR

Statut de petit fournisseur

18. Une personne est un petit fournisseur tout au long d'un trimestre civil donné et le premier mois suivant immédiatement ce trimestre si le total visé au paragraphe 1^o n'excède pas la somme du total visé au paragraphe 2^o et de 30 000 \$:

1^o le total des montants dont chacun représente la valeur de la contrepartie devenue due au cours des quatre trimestres civils qui précèdent immédiatement le trimestre civil donné, ou payée au cours de ces trimestres sans qu'elle soit devenue due, à la personne ou à un associé de celle-ci au début du trimestre civil donné pour des fournitures taxables, autres que des fournitures de leurs immobilisations par vente, effectuées par la personne ou l'associé dans le cadre d'activités commerciales;

2^o dans le cas où, au cours des quatre trimestres civils qui précèdent immédiatement le trimestre civil donné, la personne ou un associé de celle-ci au début de ce trimestre effectue la fourniture taxable d'un droit de participer à un jeu de hasard, le total des montants dont chacun représente, selon le cas:

a) un montant d'argent payé ou payable par la personne ou l'associé à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari;

b) la contrepartie payée ou payable par la personne ou l'associé pour un bien ou un service donné à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari.

Exception

19. Malgré l'article 18, une personne n'est pas un petit fournisseur tout au long de la période commençant immédiatement avant un moment d'un trimestre civil et se terminant le dernier jour de ce trimestre si, à ce moment, le total visé au paragraphe 1^o excède la somme du total visé au paragraphe 2^o et de 30 000 \$:

1^o le total des montants dont chacun représente la valeur de la contrepartie devenue due au cours du trimestre civil, ou payée au cours de ce trimestre sans qu'elle soit devenue due, à la personne ou à un associé de celle-ci au début du trimestre civil pour des fournitures taxables, autres que des fournitures de leurs immo-

tal property of the person or of the associate, made by the person or the associate in the course of commercial activities;

(2) where, in the calendar quarter, the person or an associate of the person at the beginning of the calendar quarter made a taxable supply of a right to participate in a game of chance, the total of all amounts each of which is

(a) an amount of money paid or payable by the person or associate as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet; or

(b) consideration paid or payable by the person or the associate for property or a service that is given as a prize or winnings in the game or in satisfaction of the bet;

the person is not a small supplier throughout the period beginning immediately before that time and ending on the last day of the calendar quarter.

REBATE AND COMPENSATION

Rebate to certain organizations

Definitions

20. For the purposes of this section and sections 21 to 23,

“charity” includes a non-profit organization that operates an institution, or part thereof, for the purpose of providing nursing home intermediate care service or residential care service, within the meaning of those expressions in the Canada Health Act (Statutes of Canada);

“claim period” of a person at any time means the reporting period of the person that includes that time;

“municipality” includes an organization designated by the Minister to be a municipality, but only in respect of supplies (other than taxable supplies) made by the organization of municipal services specified in the designation;

“percentage of government funding” of a person for a fiscal year of the person means the percentage determined in prescribed manner;

“selected public service body” means

bilisations par vente, effectuées par la personne ou l’associé dans le cadre d’activités commerciales;

2° dans le cas où, au cours du trimestre civil, la personne ou un associé de celle-ci au début de ce trimestre effectue la fourniture taxable d’un droit de participer à un jeu de hasard, le total des montants dont chacun représente, selon le cas:

a) un montant d’argent payé ou payable par la personne ou l’associé à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari;

b) la contrepartie payée ou payable par la personne ou l’associé pour un bien ou un service donné à titre de prix ou de gains dans le jeu ou en règlement du pari.

REMBOURSEMENT ET COMPENSATION

Remboursement à certains organismes

Définitions

20. Pour l’application du présent article et des articles 21 à 23, l’expression:

«municipalité» comprend un organisme désigné par le ministre comme municipalité mais seulement à l’égard des fournitures, sauf les fournitures taxables, effectuées par l’organisme de services municipaux précisés dans la désignation;

«organisme de bienfaisance» comprend un organisme sans but lucratif qui administre la totalité ou une partie d’un établissement afin de donner des soins intermédiaires en maison de repos ou des soins en établissement, selon le sens que donne à ces expressions la Loi canadienne sur la santé (Statuts du Canada);

«organisme déterminé de services publics» signifie:

1° une administration hospitalière;

2° une administration scolaire ou une université constituée et administrée autrement qu’à des fins lucratives;

- (1) a hospital authority;
- (2) a school authority or university that is established and operated otherwise than for profit;
- (3) a public college; or
- (4) a municipality.

Tax payable

21. For the purposes of sections 22 and 23, the tax payable by a person in respect of property or a service does not include an amount that the person has claimed or is entitled to claim as an input tax refund in respect of the property or service.

Qualifying non-profit organization

22. For the purposes of this subdivision, a person is a qualifying non-profit organization at any time in a fiscal year of the person if, at that time, the person is a non-profit organization and the percentage of government funding of the person for the year is at least 40%.

Rebate

23. A person who, on the last day of the claim period or the fiscal year of the person, is a selected public service body, a charity or a qualifying non-profit organization, is entitled to a rebate equal to one of the following percentages, as the case may be, of the amount of the tax that became payable during that period in respect of property or a service:

- (1) 50% for a charity or a qualifying non-profit organization, unless it is a selected public service body;
- (2) 40% for a municipality;
- (3) 30% for a school authority, a public college or a university;
- (4) 19% for a hospital authority.

This section does not apply to tax payable in respect of a prescribed property or service.

- 3° un collège public;
- 4° une municipalité;

^a «période de demande» d'une personne à un moment quelconque signifie sa période de déclaration qui comprend ce moment;

^b «pourcentage de financement public» d'une personne pour son exercice signifie le pourcentage déterminé de la manière prescrite.

Taxe payable

^c 21. Pour l'application des articles 22 et 23, la taxe payable par une personne à l'égard d'un bien ou d'un service ne comprend pas un montant que la personne a demandé ou a le droit de demander à titre de remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard du bien ou du service.

Organisme sans but lucratif admissible

^d 22. Pour l'application de la présente section, une personne est un organisme sans but lucratif admissible à un moment quelconque de son exercice si, à ce moment, la personne est un organisme sans but lucratif et son pourcentage de financement public pour l'exercice est d'au moins 40%.

f Remboursement

^e 23. Une personne qui, le dernier jour de sa période de demande ou de son exercice, est un organisme déterminé de services publics, un organisme de bienfaisance ou un organisme sans but lucratif admissible, a droit à un remboursement égal, selon le cas, à l'un des pourcentages suivants du montant de la taxe devenue payable au cours de cette période à l'égard d'un bien ou d'un service:

- ^g 1° 50% pour un organisme de bienfaisance ou un organisme sans but lucratif admissible sauf s'il constitue un organisme déterminé de services publics;
- 2° 40% pour une municipalité;
- ^h 3° 30% pour une administration scolaire, un collège public ou une université;
- ⁱ 4° 19% pour une administration hospitalière.

Le présent article ne s'applique pas relativement à la taxe payable à l'égard d'un bien ou d'un service prescrit.

Compensation*Compensation in respect of a printed book*

24. Where a person pays tax in respect of a supply of a book or in respect of a book brought into Québec by the person, the person is entitled to compensation in an amount equal to that tax.

The supplier shall pay to that person the amount of the compensation and the supplier may deduct the amount of the compensation from the amount the supplier is required to remit to the Minister under section 30.

Such compensations are deemed to be repayments for the purposes of the Act respecting the Ministère du Revenu (R.S.Q., chapter M-31).

This section refers to a printed book or its updating, identified by an International Standard Book Number (ISBN) issued in accordance with the international book numbering system, or a talking book or the carrier thereof, acquired by a person because of a visual handicap.

TAX COLLECTION AND REMITTANCERegistration*Required registration*

25. Every person who is engaged in a commercial activity in Québec shall, before the day the person first makes, otherwise than as a small supplier, a taxable supply in Québec in the course of that activity, apply to the Minister to be registered.

The following persons are not required to apply for registration pursuant to the first paragraph:

- (1) a person who is a small supplier;
- (2) a person whose only commercial activity is making supplies of immovables by way of sale otherwise than in the course of a business; and
- (3) a non-resident person who does not carry on any business in Québec.

Optional registration

26. Notwithstanding the second paragraph of section 25, any person who is engaged in a commercial activity in Québec may apply to the Minister to be registered.

Compensation*Compensation à l'égard d'un livre imprimé*

24. Dans le cas où une personne paie la taxe à l'égard de la fourniture d'un livre ou à l'égard d'un livre qu'elle apporte au Québec, celle-ci a droit à une compensation d'un montant égal à cette taxe.

La personne qui effectue la fourniture doit payer à cette personne le montant de cette compensation et elle peut le déduire du montant qu'elle doit verser au ministre en vertu de l'article 30.

Cette compensation est réputée être un remboursement aux fins de la Loi sur le ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31).

Le livre visé au présent article est soit un livre imprimé ou sa mise à jour, identifié par un numéro international normalisé du livre (ISBN), attribué en conformité avec le système de numérotation international du livre, soit un livre parlant ou son support, qu'une personne acquiert en raison d'un handicap visuel.

MESURES DE PERCEPTION ET DE VERSEMENTInscription*Inscription obligatoire*

25. Toute personne qui exerce une activité commerciale au Québec doit, avant le jour où elle effectue, autrement qu'à titre de petit fournisseur, sa première fourniture taxable au Québec dans le cadre de cette activité, présenter une demande d'inscription au ministre.

Les personnes suivantes ne sont pas tenues de présenter la demande d'inscription prévue au premier alinéa:

- 1^o la personne qui est un petit fournisseur;
- 2^o la personne dont la seule activité commerciale consiste à effectuer la fourniture d'un immeuble par vente, autrement que dans le cadre d'une entreprise;
- 3^o la personne qui ne réside pas au Québec et qui n'y exploite pas d'entreprise.

Inscription facultative

26. Malgré le deuxième alinéa de l'article 25, une personne qui exerce une activité commerciale au Québec peut présenter une demande d'inscription au ministre.

Any person not resident in Québec who in the ordinary course of carrying on business outside Québec regularly solicits orders for the supply of corporeal movable property for delivery in Québec may also apply to be registered.

Notwithstanding the first paragraph, no person who is a small supplier may make an application to be registered under that paragraph unless he applies to the Minister of National Revenue to be registered under subsection 3 of section 240 of the Excise Tax Act (Statutes of Canada).

Registration by the Minister

27. The Minister may register any person applying to be registered and, for that purpose, the Minister, or any person he authorizes, shall assign a registration number to the person and notify the person in writing by way of a registration certificate of the registration number and the effective date of the registration.

The registration certificate shall be kept at the principal place of business of its holder in Québec and may not be transferred.

Collection

Mandatory of the Minister

28. Every person who makes a taxable supply other than a supply referred to in section 5 shall, as mandatory of the Minister, collect the tax payable by the recipient under section 2 in respect of the supply.

Remittance

Determination of net tax

Net tax of a registrant

29. The net tax for a particular reporting period of a registrant is the positive or negative amount determined by the formula

$$A - B.$$

For the purposes of this formula,

(1) A is the total of

Une personne qui ne réside pas au Québec et qui dans le cours normal de l'exploitation d'une entreprise hors du Québec fait régulièrement des démarches pour obtenir des commandes pour la fourniture d'un bien meuble corporel pour délivrance au Québec, peut également présenter une telle demande.

Malgré le premier alinéa, une personne qui est un petit fournisseur ne peut présenter la demande d'inscription qui y est prévue, à moins qu'elle ne présente une demande d'inscription au ministre du Revenu national en vertu du paragraphe 3 de l'article 240 de la Loi sur la taxe d'accise (Statuts du Canada).

Inscription par le ministre

27. Le ministre peut inscrire toute personne qui lui présente une demande d'inscription et, à cette fin, le ministre, ou toute personne qu'il autorise, doit lui attribuer un numéro d'inscription et l'aviser par écrit, au moyen d'un certificat d'inscription, de ce numéro ainsi que de la date d'entrée en vigueur de l'inscription.

Le certificat d'inscription doit être gardé à la principale place d'affaires de son titulaire au Québec et est incessible.

Perception

Mandataire du ministre

28. Toute personne qui effectue une fourniture taxable autre qu'une fourniture visée à l'article 5 doit, à titre de mandataire du ministre, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de l'article 2 à l'égard de cette fourniture.

Versement

Détermination de la taxe nette

Taxe nette d'un inscrit

29. La taxe nette pour une période de déclaration donnée d'un inscrit correspond au montant positif ou négatif déterminé selon la formule suivante:

$$A - B.$$

Pour l'application de cette formule:

1^o la lettre A représente le total des montants suivants:

(a) all amounts that became collectible and all other amounts collected by the registrant in the particular reporting period as or on account of tax under section 2, and

(b) all amounts that are required under this document to be added in determining the net tax of the registrant for the particular reporting period;

(2) B is the total of

(a) all amounts each of which is an input tax refund for the particular reporting period or a preceding reporting period of the registrant claimed by the registrant in the return under this document filed by the registrant for the particular reporting period, and

(b) all amounts each of which is an amount that may be deducted by the registrant under this document in determining the net tax of the registrant for the particular reporting period and that is claimed by the registrant in the return under this document filed by the registrant for the particular reporting period.

Net tax remittance or refund

Net tax of a registrant

30. Every registrant who is required to file a return under this document shall in the return calculate his net tax for the reporting period for which the return is required to be filed.

Where the net tax for a reporting period of a registrant is a positive amount, the registrant shall remit that amount to the Minister on or before the day on or before which the return for that period is required to be filed.

Where the net tax for a reporting period of a registrant is a negative amount, the registrant may claim in the return for that reporting period that amount as a net tax refund for the period, payable to the registrant by the Minister.

Payment of net tax refund

31. Where a net tax refund payable to a registrant is claimed in a return filed under this document by the registrant, the Minister shall pay the refund to the person with all due dispatch after the return is filed.

a les montants devenus percevables et les montants perçus par l'inscrit au cours de la période de déclaration donnée au titre de la taxe prévue à l'article 2;

b les montants qui doivent, en vertu du présent document, être ajoutés dans le calcul de la taxe nette de l'inscrit pour la période de déclaration donnée;

2° la lettre B représente le total des montants suivants:

a les montants dont chacun représente un remboursement de la taxe sur les intrants pour la période de déclaration donnée ou une période de déclaration antérieure de l'inscrit, demandé par celui-ci dans la déclaration produite en vertu du présent document pour la période de déclaration donnée;

b les montants dont chacun représente un montant qui peut être déduit par l'inscrit en vertu du présent document dans le calcul de sa taxe nette pour la période de déclaration donnée et qui est demandé par celui-ci dans la déclaration produite en vertu du présent document pour cette période.

Versement ou remboursement de la taxe nette

Taxe nette d'un inscrit

30. Tout inscrit tenu de produire une déclaration en vertu du présent document doit y calculer sa taxe nette pour la période de déclaration qui y est visée.

Si la taxe nette pour une période de déclaration d'un inscrit correspond à un montant positif, il doit verser ce montant au ministre au plus tard le jour où il est tenu de produire la déclaration pour cette période.

Si la taxe nette pour une période de déclaration d'un inscrit correspond à un montant négatif, il peut demander, dans la déclaration relative à cette période, ce montant à titre de remboursement de la taxe nette, payable à l'inscrit par le ministre.

Paiement du remboursement de la taxe nette

31. Le ministre doit payer avec diligence le remboursement de la taxe nette payable à un inscrit qui le demande dans une déclaration qu'il est tenu de produire en vertu du présent document.

Input tax refund*Food, beverages and entertainment*

32. Where sections 421.1 to 421.4 of the Taxation Act (R.S.Q., chapter I-3) apply, or would apply if the registrant were a taxpayer under that Act, in respect of a supply of food, beverages or entertainment to, or any allowance in respect of such a supply paid by, a registrant in a taxation year of the registrant, x % of the total of all amounts, each of which is an input tax refund in respect of such a supply that the registrant may claim during that taxation year, shall be added in determining the net tax

(1) where the registrant ceases in or at the end of that taxation year to be registered, for the last reporting period of the registrant in that taxation year;

(2) where the reporting period of the registrant is the calendar year, for the calendar year in which the taxation year ends; and

(3) in any other case, for the reporting period of the registrant that begins immediately after the end of that taxation year.

Reporting period and return*Reporting period**Reporting period*

33. The reporting period of a registrant or of a person who is not a registrant is a calendar month.

Notwithstanding the first paragraph, a registrant whose accounting period is not the calendar month may use a reporting period corresponding to that period, where the following conditions are met:

(1) the accounting system of the registrant comprises twelve periods;

(2) the periods end within seven days prior or subsequent to the last day of a particular calendar month;

(3) the periods comprise no fewer than 28 days and no more than 35 days.

A reporting period referred to in the second paragraph is deemed to end on the last day of the particular calendar month.

Remboursement de la taxe sur les intrants*Nourriture, boissons et divertissements*

32. Dans le cas où les articles 421.1 à 421.4 de la Loi sur les impôts (L.R.Q., chapitre I-3) s'appliquent, ou s'appliqueraient si l'inscrit était un contribuable en vertu de cette loi, à l'égard de la fourniture de nourriture, de boissons ou de divertissements à un inscrit ou à l'égard d'une allocation relative à une telle fourniture payée par un inscrit, au cours d'une année d'imposition de celui-ci, un montant correspondant à x % du total des montants dont chacun représente un remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard d'une telle fourniture que l'inscrit peut demander pendant cette année d'imposition doit être ajouté dans le calcul de la taxe nette pour la période de déclaration suivante:

1^o la dernière période de déclaration de l'inscrit dans cette année d'imposition, dans le cas où il cesse au cours ou à la fin de cette année d'être inscrit;

2^o l'année civile dans laquelle se termine l'année d'imposition, dans le cas où la période de déclaration de l'inscrit correspond à l'année civile;

3^o la période de déclaration de l'inscrit qui commence immédiatement après cette année d'imposition, dans tout autre cas.

Période de déclaration et déclaration*Période de déclaration**Période de déclaration mensuelle*

33. La période de déclaration d'un inscrit ou d'une personne qui n'est pas un inscrit correspond au mois civil.

Malgré le premier alinéa, un inscrit dont la période comptable diffère du mois civil peut utiliser une période de déclaration qui correspond à cette période, si les conditions suivantes sont rencontrées:

1^o le système comptable de l'inscrit comporte douze périodes;

2^o les périodes se terminent dans les sept jours antérieurs ou postérieurs au dernier jour d'un mois civil donné;

3^o les périodes comportent un nombre de jours qui n'est pas inférieur à 28 ni supérieur à 35.

Une période de déclaration visée au second alinéa est réputée se terminer le dernier jour du mois civil donné.

Return*Filing by a registrant*

34. Every registrant shall file a return with the Minister for each reporting period of the registrant within one month after the end of that reporting period. ^a

Taxable supply made outside Québec

35. Every person who is liable to pay tax under section 4 (in this section referred to as the "taxpayer") shall prepare a return for the reporting period of the person in which the tax becomes payable. ^b

Every taxpayer shall file the return with and as prescribed by the Minister and remit the amount of tax under section 4 that became payable in the reporting period to which the return relates to the Minister not later than the day that is one month after the end of that reporting period. ^c

Remittance of tax

36. Every person who is liable to pay tax under section 2 in respect of a supply referred to in section 5 shall, at the time of the supply, remit to the Minister or a prescribed person the tax payable in respect of the supply. ^d

Both questions referred were answered in the affirmative. ^e

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau, Alain Gingras and Jean-François Jobin, Québec.

Solicitor appointed by the Court as amicus curiae: Wilfrid Lefebvre, Montréal. ^f

Déclaration*Production par un inscrit*

34. Tout inscrit doit produire une déclaration au ministre pour chacune de ses périodes de déclaration, dans le mois suivant la fin de la période de déclaration.

Production — apport au Québec et fourniture taxable effectuée hors du Québec

35. Toute personne responsable du paiement de la taxe en vertu de l'article 4 — appelée «redevable» dans le présent article — doit établir une déclaration pour sa période de déclaration au cours de laquelle la taxe devient payable. ^b

Le redevable doit produire la déclaration au ministre de la manière prescrite par ce dernier et lui verser le montant de la taxe prévue à l'article 4 qui est devenue payable au cours de la période de déclaration visée par la déclaration, dans le mois suivant la fin de cette période. ^c

Versement de la taxe

36. Toute personne responsable du paiement de la taxe prévue à l'article 2 à l'égard d'une fourniture visée à l'article 5 doit, au moment de la fourniture, verser au ministre ou à une personne prescrite la taxe payable à l'égard de la fourniture. ^d

Les deux questions reçoivent une réponse affirmative. ^e

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau, Alain Gingras et Jean-François Jobin, Québec.

Procureur nommé par la Cour en qualité d'amicus curiae: Wilfrid Lefebvre, Montréal. ^f

Victor Francisco Clemente *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CLEMENTE

File No.: 23931.

Hearing and judgment rendered: 1994: June 13.

Reasons delivered: 1994: July 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Uttering death threats — Mens rea — Whether words must be uttered with the intent to intimidate or instill fear or whether sufficient to show threat uttered with the intent that it be taken seriously — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

The appellant made threats to his social worker against her colleague (his former social worker) to whom his file was to be transferred. He stated on one occasion that he would blow up her office and strangle her, on another that a dead body would be found in her office on transfer of his file, and on yet another, that he would kill her. The appellant was convicted of intending to convey to his former social worker that he intended to kill or cause serious bodily harm to her, contrary to s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*. The trial judge went on to find that the appellant intended that his present social worker should convey the message to the intended victim. The conviction was upheld on appeal. At issue here was the *mens rea* that is required by s. 264.1(1)(a). The appellant argued that it must be established that the words were uttered with the intent to intimidate or instill fear. The respondent contended that it is sufficient if it is shown that the threat was uttered with the intent that it be taken seriously.

Held: The appeal should be dismissed.

The intent required under s. 264.1(1)(a), which is aimed at preventing "threats", can be framed in either of the two ways put forward. Firstly, a serious threat to kill

Victor Francisco Clemente *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CLEMENTE

N° du greffe: 23931.

^b Audition et jugement: 1994: 13 juin.

Motifs déposés: 1994: 14 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^d *Droit criminel — Menaces de mort — Mens rea — Les paroles doivent-elles être prononcées avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte ou suffit-il de démontrer que la menace a été proférée avec l'intention qu'elle soit prise au sérieux? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)a.*

^e L'appelant a proféré à sa travailleuse sociale des menaces qui visaient la collègue de cette dernière (son ancienne travailleuse sociale), à qui son dossier devait être transféré. Il s'est écrié à une occasion qu'il ferait sauter son bureau et qu'il l'étranglerait, et à une autre occasion que, si son dossier était transféré, il y aurait un cadavre dans son bureau. Il a par ailleurs menacé de la tuer. L'appelant a été déclaré coupable d'avoir voulu transmettre à son ancienne travailleuse sociale son intention de la tuer ou de lui causer des blessures graves, en contravention de l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel*. Le juge du procès a poursuivi en concluant que l'appelant entendait que sa travailleuse sociale actuelle transmette le message à la victime visée. La déclaration de culpabilité a été confirmée en appel. La question en litige porte sur la *mens rea* requise par l'al. 264.1(1)a). L'appelant allègue qu'il faut établir que les paroles ont été prononcées avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte. L'intimée soutient qu'il suffit de démontrer que la menace a été proférée avec l'intention qu'elle soit prise au sérieux.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

^f L'intention requise à l'al. 264.1(1)a), dont le but est de prévenir les «menaces», peut être formulée de l'une ou l'autre façon avancées. Premièrement, une menace

or cause serious bodily harm must have been uttered with the intent to intimidate or instill fear. Conversely, such a threat uttered with the intent to intimidate or cause fear must have been uttered with the intent that it be taken seriously.

Section 264.1(1)(a) is directed at words which cause fear or intimidation. No further action need be taken by the accused beyond the threat itself. The meaning conveyed by the words is the important factor. Whether the accused had the intent to intimidate, or that his or her words were meant to be taken seriously will, absent an explanation by the accused, usually be determined by the words used, the context in which they were spoken, and the person to whom they were directed. It is not a necessary element of the offence that the intended victim be aware of the threat. The *actus reus* of the offence is the uttering of threats of death or serious bodily harm. The *mens rea* is that the words were meant to intimidate or to be taken seriously. Words spoken in jest or in such a manner that they could not be taken seriously could not lead a reasonable person to conclude that the words conveyed a threat.

The words uttered by the appellant when viewed objectively in the context or circumstances in which they were spoken would "convey a threat of serious bodily harm to a reasonable person".

Cases Cited

Applied: *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; **distinguished:** *Henry v. R.* (1981), 24 C.R. (3d) 261.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 331.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a) [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 38].

Authors Cited

Nouveau Petit Robert, Paris: Le Robert, 1993, "menace".
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1987, "threat".

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 92 Man. R. (2d) 51, 61

sérieuse de tuer ou d'infliger des blessures graves doit avoir été proférée avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte. Par ailleurs, une menace proférée avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte doit l'avoir été avec l'intention qu'elle soit prise au sérieux.

L'alinéa 264.1(1)a) vise des mots qui suscitent la crainte ou l'intimidation. La menace n'a pas besoin d'être suivie d'un acte. C'est le sens des mots qui importe. La question de savoir si l'accusé avait l'intention d'intimider ou si les termes qu'il a employés visaient à être pris au sérieux sera habituellement tranchée, en l'absence d'explication de la part de l'accusé, en fonction des mots utilisés, du contexte dans lequel ils s'inscrivent et de la personne à qui ils étaient destinés. Le fait que la victime visée soit au courant de la menace ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction. L'*actus reus* de l'infraction est le fait de proférer des menaces de mort ou de blessures graves. La *mens rea* est l'intention de faire en sorte que les paroles prononcées ou les mots écrits soient perçus comme visant à intimider ou à être pris au sérieux. Des paroles prononcées à la blague ou de manière telle qu'elles ne pouvaient être prises au sérieux ne pourraient mener une personne raisonnable à conclure qu'elles constituaient une menace.

Considérés objectivement dans le contexte ou les circonstances dans lesquels elles ont été utilisées, les paroles qu'a prononcées l'appelant constituaient «une menace de blessures graves pour une personne raisonnable».

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; **distinction d'avec l'arrêt:** *Henry c. R.* (1981), 24 C.R. (3d) 261.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)a) [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 38].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 331.

Doctrine citée

Nouveau Petit Robert, Paris: Le Robert, 1993, «menace».
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1987, «threat».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 92 Man. R. (2d) 51, 61 W.A.C.

W.A.C. 51, 86 C.C.C. (3d) 398, 27 C.R. (4th) 281, [1994] 2 W.W.R. 153, dismissing an appeal from conviction by DeGraves J. Appeal dismissed.

Harvey J. Slobodzian, for the appellant.

Rick Saull, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — The appellant was told by his social worker Shannon Dennehy that he was to be transferred back to his former social worker Jill Mizak. He became excited and said in a loud voice that he would take a shotgun to Mizak's office and blow it up. He said if he was alone with Mizak he would strangle her. He accompanied these words with a gesture demonstrating the act of strangulation.

A few days later he said to Ms. Dennehy that if he were transferred to Mizak there would be a dead body in her office. The appellant uttered a further threat to kill Ms. Mizak in the course of a telephone call made the next day.

He was charged with contravening s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which reads:

264.1 (1) Every one commits an offence who, in any manner, knowingly utters, conveys or causes any person to receive a threat

(a) to cause death or serious bodily harm to any person. . . .

The appellant did not testify at his trial. The trial judge found that the words of the appellant were intended to convey to Ms. Mizak that he intended to kill or cause serious bodily harm to her. The trial judge went on to find that the appellant intended that Ms. Dennehy should convey the message to Ms. Mizak. On these findings the trial judge convicted the appellant.

51, 86 C.C.C. (3d) 398, 27 C.R. (4th) 281, [1994] 2 W.W.R. 153, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge DeGraves. Pourvoi rejeté.

Harvey J. Slobodzian, pour l'appellant.

Rick Saull, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — L'appellant s'est fait dire par sa travailleuse sociale, Shannon Dennehy, qu'il serait repris en charge par son ancienne travailleuse sociale, Jill Mizak. Il s'est alors emporté, s'écriant d'une voix forte qu'il se rendrait au bureau de cette dernière avec un fusil et qu'il ferait tout sauter. Il a ajouté que s'il se trouvait seule avec elle, il l'étranglerait. Ce disant, il a fait un geste imitant la strangulation.

Quelques jours plus tard, l'appellant a dit à M^{me} Dennehy que si son dossier était transféré à M^{me} Mizak, il y aurait un cadavre dans son bureau. Il a de nouveau menacé de tuer M^{me} Mizak au cours d'un appel téléphonique fait le lendemain.

Il a été accusé d'avoir contrevenu à l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont voici le libellé:

264.1 (1) Commet une infraction quiconque sciemment profère, transmet ou fait recevoir par une personne, de quelque façon, une menace:

a) de causer la mort ou des blessures graves à quelqu'un;

L'appellant n'a pas témoigné à son procès. Le juge qui présidait l'instance a estimé que les paroles prononcées par l'appellant visaient à transmettre à M^{me} Mizak son intention de la tuer ou de lui causer des blessures graves. Le juge du procès a poursuivi en concluant que l'appellant s'attendait que M^{me} Dennehy transmette le message à M^{me} Mizak. Se fondant sur ces conclusions, il a déclaré l'appellant coupable.

The conviction was upheld by Philp J.A. writing for the majority in the Court of Appeal (1993), 92 Man. R. (2d) 51.

At issue is the *mens rea* that is required by s. 264.1(1)(a). The appellant alleges that it must be established that the words were uttered with the intent to intimidate or instill fear. The respondent contends that it is sufficient if it is shown that the threat was uttered with the intent that it be taken seriously. In the Court of Appeal both the majority and minority proceeded on the basis that the words must be uttered with the intent to intimidate or instill fear. The majority concluded that the trial judge had found the requisite intent had been established. The minority thought his findings did not support the requisite *mens rea*.

The requisite intent can be framed in either manner. The aim of the section is to prevent "threats". In *The Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987), "threat" is defined in this way:

A denunciation to a person of ill to befall him; *esp.* a declaration of hostile determination or of loss, pain, punishment or damage to be inflicted in retribution for or conditionally upon some course; a menace.

Under the section the threat must be of death or serious bodily harm. It is impossible to think that anyone threatening death or serious bodily harm in a manner that was meant to be taken seriously would not intend to intimidate or cause fear. That is to say, a serious threat to kill or cause serious bodily harm must have been uttered with the intent to intimidate or instill fear. Conversely, a threat uttered with the intent to intimidate or cause fear must have been uttered with the intent that it be taken seriously. Both of these formulations of the *mens rea* constitute an intention to threaten and comply with the aim of the section.

Section 264.1(1)(a) is directed at words which cause fear or intimidation. Its purpose is to protect the exercise of freedom of choice by preventing

La déclaration de culpabilité a été confirmée par le juge Philp de la Cour d'appel, dont il a formulé l'opinion majoritaire (1993), 92 Man. R. (2d) 51.

La question en litige porte sur la *mens rea* requise par l'al. 264.1(1)a). L'appelant allègue qu'il faut établir que les paroles ont été prononcées avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte. L'intimée soutient qu'il suffit de démontrer que la menace a été proférée avec l'intention qu'elle soit prise au sérieux. En Cour d'appel, tant les juges majoritaires que le juge minoritaire ont postulé que les paroles devaient être prononcées avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte. Les juges formant la majorité ont conclu que, de l'avis du juge du procès, la preuve de l'intention requise avait été établie. Selon le juge minoritaire en revanche, les constatations du juge du procès ne lui permettaient pas de conclure à la *mens rea* requise.

L'intention requise peut être formulée de l'une ou l'autre façon. Le but de l'article est de prévenir les «menaces». Dans *Le Nouveau Petit Robert*, (1993), le mot «menace» est ainsi défini:

Manifestation par laquelle on marque à qqn sa colère, avec l'intention de lui faire craindre le mal qu'on lui prépare.

Aux termes de la disposition, il doit s'agir d'une menace de mort ou de blessures graves. Or, il est inconcevable qu'une personne qui proférerait des menaces de mort ou de blessures graves avec l'intention qu'elles soient prises au sérieux n'ait pas également l'intention d'intimider ou de susciter la crainte. En d'autres termes, une menace sérieuse de tuer ou d'infliger des blessures graves a dû être proférée avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte. Inversement, une menace proférée avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte a dû l'être avec l'intention qu'elle soit prise au sérieux. Ces deux formulations de la *mens rea* expriment l'intention de menacer et sont conformes au but visé par la disposition.

L'alinéa 264.1(1)a) vise des mots qui suscitent la crainte ou l'intimidation. Il a pour objet de protéger l'exercice de la liberté de choix en empê-

intimidation. The section makes it a crime to issue threats without any further action being taken beyond the threat itself. Thus, it is the meaning conveyed by the words that is important. Yet it cannot be that words spoken in jest were meant to be caught by the section.

This Court considered the provisions of s. 264.1(1)(a) in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72. The manner in which a court should approach charges of threatening was set out at pp. 82-83 in these words:

How then should a court approach the issue? The structure and wording of s. 264.1(1)(a) indicate that the nature of the threat must be looked at objectively; that is, as it would be by the ordinary reasonable person. The words which are said to constitute a threat must be looked at in light of various factors. They must be considered objectively and within the context of all the written words or conversation in which they occurred. As well, some thought must be given to the situation of the recipient of the threat.

The question to be resolved may be put in the following way. Looked at objectively, in the context of all the words written or spoken and having regard to the person to whom they were directed, would the questioned words convey a threat of serious bodily harm to a reasonable person?

Thus, the question of whether the accused had the intent to intimidate, or that his words were meant to be taken seriously will, in the absence of any explanation by the accused, usually be determined by the words used, the context in which they were spoken, and the person to whom they were directed.

In this case the words uttered by the appellant when viewed objectively in the context or circumstances in which they were spoken would "convey a threat of serious bodily harm to a reasonable person". The trial judge found that the words spoken by the appellant were intended to convey to Ms. Mizak that he intended to kill her or cause her serious bodily harm. Clearly the words disturbed and intimidated Ms. Dennehy and would have had the same effect on Ms. Mizak if they had been repeated to her. The finding of the trial judge was a

chant l'intimidation. Pour constituer un acte criminel au sens de cet alinéa, la menace n'a pas besoin d'être suivie d'un acte. C'est donc le sens des mots qui importe. Des paroles prononcées à la blague, toutefois, ne sauraient être visées par cet alinéa.

Notre Cour a examiné les dispositions de l'al. 264.1(1)(a) dans l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72. Elle a défini en ces termes, aux pp. 82 et 83, la manière dont le tribunal devrait aborder les accusations de menace:

Alors, de quelle façon un tribunal devrait-il aborder cette question? La structure et le libellé de l'al. 264.1(1)(a) indiquent que la nature de la menace doit être examinée de façon objective; c'est-à-dire, comme le ferait une personne raisonnable ordinaire. Les termes qui constitueraient une menace doivent être examinés en fonction de divers facteurs. Ils doivent être examinés de façon objective et dans le contexte de l'ensemble du texte ou de la conversation dans lesquels ils s'inscrivent. De même, il faut tenir compte de la situation dans laquelle se trouve le destinataire de la menace.

La question à trancher peut être énoncée de la manière suivante. Considérés de façon objective, dans le contexte de tous les mots écrits ou énoncés et compte tenu de la personne à qui ils s'adressent, les termes visés constituent-ils une menace de blessures graves pour une personne raisonnable?

Par conséquent, la question de savoir si l'accusé avait l'intention d'intimider ou si les termes qu'il a employés visaient à être pris au sérieux sera habituellement tranchée, en l'absence d'explication de la part de l'accusé, en fonction des mots utilisés, du contexte dans lequel ils s'inscrivent et de la personne à qui ils étaient destinés.

En l'espèce, considérées objectivement dans le contexte ou les circonstances dans lesquels elles ont été utilisées, les paroles qu'a prononcées l'appelant constituaient «une menace de blessures graves pour une personne raisonnable». Le juge du procès a conclu que ces paroles visaient à transmettre à M^{me} Mizak l'intention de l'appelant de la tuer ou de lui causer des blessures graves. Manifestement, ces paroles, qui ont troublé et intimidé M^{me} Dennehy, auraient eu le même effet sur M^{me} Mizak si elles lui avaient été rapportées. Cette con-

sufficient and proper basis for his conviction of the appellant.

The trial judge seemed to think it was necessary to find that the threats were uttered with the intention that they be conveyed to the potential victim. For this he relied upon the decision of the Ontario Court of Appeal in *Henry v. R.* (1981), 24 C.R. (3d) 261. With respect, that case was not applicable. It was a decision based on the former s. 331 (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34), which was the predecessor to s. 264.1. Section 331 only applied to threats conveyed by certain methods. The discussion in *Henry v. R.* about whether the threats were intended to be conveyed to the potential victim was relevant to the method of conveying the threats under the former s. 331. The amendment to the section and the decision of this Court in *R. v. McCraw*, *supra*, make it apparent that it is not a necessary element of the offence that the intended victim be aware of the threat.

Under the present section the *actus reus* of the offence is the uttering of threats of death or serious bodily harm. The *mens rea* is that the words be spoken or written as a threat to cause death or serious bodily harm; that is, they were meant to intimidate or to be taken seriously.

To determine if a reasonable person would consider that the words were uttered as a threat the court must regard them objectively, and review them in light of the circumstances in which they were uttered, the manner in which they were spoken, and the person to whom they were addressed.

Obviously words spoken in jest or in such a manner that they could not be taken seriously could not lead a reasonable person to conclude that the words conveyed a threat.

clusion du juge du procès suffisait à justifier la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Le juge du procès a semblé croire qu'on devait nécessairement conclure que les menaces avaient été proférées avec l'intention qu'elles soient transmises à la victime potentielle. Il s'est fondé à cet égard sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Henry c. R.* (1981), 24 C.R. (3d) 261. En toute déférence, cet arrêt n'était pas pertinent en l'espèce. Le jugement était fondé sur l'ancien art. 331 (*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34), version antérieure de l'art. 264.1, qui ne s'appliquait qu'aux menaces transmises par certains moyens. La question de savoir si les menaces visaient à être transmises à la victime potentielle était, dans cet arrêt, pertinente quant aux moyens utilisés pour transmettre les menaces suivant l'ancien art. 331. Or il appert de la modification apportée à cet article ainsi que de l'arrêt de notre Cour *R. c. McCraw*, précité, que le fait que la victime visée soit au courant de la menace ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction.

Sous le régime de la présente disposition, l'*actus reus* de l'infraction est le fait de proférer des menaces de mort ou de blessures graves. La *mens rea* est l'intention de faire en sorte que les paroles prononcées ou les mots écrits soient perçus comme une menace de causer la mort ou des blessures graves, c'est-à-dire comme visant à intimider ou à être pris au sérieux.

Pour décider si une personne raisonnable aurait considéré les paroles prononcées comme une menace, le tribunal doit les examiner objectivement, en tenant compte des circonstances dans lesquelles elles s'inscrivent, de la manière dont elles ont été prononcées et de la personne à qui elles étaient destinées.

De toute évidence, des paroles prononcées à la blague ou de manière telle qu'elles ne pouvaient être prises au sérieux ne pourraient mener une personne raisonnable à conclure qu'elles constituaient une menace.

In this case the offence was established and the conviction of the appellant must be maintained. The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pullan, Guld, Kammerloch, Winnipeg.

*Solicitor for the respondent: The Attorney Gen-
eral of Manitoba, Winnipeg.*

En l'espèce, l'infraction a été établie et la déclaration de culpabilité de l'appelant doit être maintenue. Le pourvoi est donc rejeté.

a Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Pullan, Guld, Kammerloch, Winnipeg.

b Procureur de l'intimée: Le Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Peat Marwick Thorne Inc., Trustee of the Estate of Arden Anthony Marzetti, a Bankrupt *Appellant*

v.

The Director of Maintenance Enforcement, the Attorney General of Canada and the Attorney General for Alberta *Respondents*

and

The Superintendent of Bankruptcy *Intervener*

and between

Jacqueline Jeannine Marzetti *Petitioner*

v.

Arden Anthony Marzetti *Respondent*

INDEXED AS: MARZETTI v. MARZETTI

File No.: 23273.

1994: February 3; 1994: July 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Bankruptcy — Priority — Post-bankruptcy income tax refund — Husband ordered to pay monthly amount for child and spousal support to Director of Maintenance Enforcement — Husband later filing voluntary assignment in bankruptcy and assigning post-bankruptcy income tax refund to trustee — Director filing notice of continuing attachment against federal Crown — Whether income tax refund properly payable to trustee or to Director — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67, 68.

After his payments of child and spousal support fell into arrears, M was ordered to pay a monthly sum to the Director of Maintenance Enforcement. He later filed a

Peat Marwick Thorne Inc., syndic de l'actif d'Arden Anthony Marzetti, failli *Appelante*

^a c.

Director of Maintenance Enforcement, le procureur général du Canada et le procureur général de l'Alberta *Intimés*

et

^c **Le surintendant des faillites** *Intervenant*

et entre

^d **Jacqueline Jeannine Marzetti** *Requérante*

c.

^e **Arden Anthony Marzetti** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: MARZETTI c. MARZETTI

N° du greffe: 23273.

^f 1994: 3 février; 1994: 14 juillet.

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

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

Faillite — Ordre de priorité — Remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu — Mari condamné à verser au directeur de l'exécution des ordonnances de soutien une pension alimentaire mensuelle pour ses enfants et son épouse — Mari produisant par la suite une cession volontaire de ses biens et cédant au syndic son remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu — Directeur produisant un avis de saisie-arrêt continue à l'encontre de la Couronne fédérale — Le remboursement d'impôt sur le revenu était-il à bon droit payable au syndic ou au directeur? — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67, 68.

M avait accumulé des arrérages relativement au paiement d'une pension alimentaire à ses enfants et à son épouse et il a été condamné à payer une somme men-

voluntary assignment in bankruptcy and executed an agreement letter authorizing that any refund resulting from a post-bankruptcy income tax return be mailed to the appellant trustee as an asset for distribution to the creditors. The Director filed a notice of continuing attachment against the federal Crown. After M was discharged from bankruptcy, a garnishee summons was issued putting the notice of continuing attachment into effect. The trustee filed a post-bankruptcy income tax return, and a refund became payable. In response to a motion by the trustee, the Master declared that the refund constituted property of the bankrupt which vested in the trustee. Under s. 67(c) of the *Bankruptcy Act*, the property of a bankrupt divisible among his creditors comprises all property of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge. Under s. 68(1), however, "the trustee, if directed by the inspectors or the creditors, shall apply to the court for an order directing the payment to the trustee of such part of the salary, wages or other remuneration as the court may determine, having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt". Section 68(2) provides that the order must be directed to the bankrupt and his employer. The Master was prepared to accept that s. 68 removes wages from the scope of s. 67(c), but was not prepared to accept that income tax deductions from an employee's wages retain the character of wages. The Court of Queen's Bench reversed the Master's decision and ordered that the refund be returned to the Director. The Court of Appeal affirmed that judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

A bankrupt's interest in a post-bankruptcy income tax refund can be considered "property" for the purposes of s. 67(c) of the *Bankruptcy Act*. Even if a taxpayer who makes overpayments has no right to compel a refund prior to filing a return, that taxpayer has at least a future and contingent interest in the ultimate tax refund which would come within the definition of "property" in s. 2 of the Act. The property need not also meet the requirements of s. 67(d) before the trustee can claim it, since s. 67(c) and (d) should be treated as alternatives. The bankrupt's interest in his refund did not, however, vest automatically in his trustee. Section 68 is a complete code in respect of a bankrupt's salary, wages or other remuneration, and such forms of property thus cannot be "property of a bankrupt divisible among his creditors"

suelle au directeur de l'exécution des ordonnances de soutien. Il a par la suite produit une cession volontaire de ses biens et signé un protocole d'entente permettant que tout remboursement résultant d'une déclaration postfaillite d'impôt sur le revenu soit posté au syndic appelant comme étant un élément d'actif, afin d'être partagé entre les créanciers. Le directeur a produit un avis de saisie-arrêt continue à l'encontre de la Couronne fédérale. Après que M eut été libéré de sa faillite, il y a eu délivrance d'un bref de saisie-arrêt rendant exécutoire l'avis de saisie-arrêt continue. Le syndic a produit une déclaration postfaillite d'impôt sur le revenu et un remboursement est devenu payable. En réponse à la requête du syndic, le protonotaire a déclaré que le remboursement constituait un bien du failli dévolu au syndic. En vertu de l'al. 67c) de la *Loi sur la faillite*, les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, comprennent tous les biens qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération. Cependant, en vertu du par. 68(1), «le syndic, s'il en est requis par les inspecteurs ou les créanciers, demande au tribunal de rendre une ordonnance portant que soit payée au syndic la partie du traitement, du salaire ou de la rémunération que peut déterminer le tribunal, eu égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli». Le paragraphe 68(2) prévoit que l'ordonnance doit être adressée au failli et à son employeur. Le protonotaire était disposé à accepter que l'art. 68 soustrait le salaire à l'application de l'al. 67c), mais il n'était pas disposé à accepter que les déductions d'impôt sur le revenu prélevées sur le salaire d'un employé conservaient leur caractère de salaire. La Cour du Banc de la Reine a infirmé la décision du protonotaire et ordonné que le remboursement soit remis au directeur. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'intérêt que possède le failli dans un remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu peut être considéré comme un «bien» aux fins de l'al. 67c) de la *Loi sur la faillite*. Même si le contribuable qui effectue les paiements en trop n'a aucun droit d'exiger un remboursement avant la production d'une déclaration, ce contribuable a assurément, à tout le moins, dans le remboursement d'impôt ultime, un intérêt futur et éventuel qui serait visé par la définition du mot «biens», à l'art. 2 de la Loi. Le bien n'a pas à remplir les exigences de l'al. 67d) pour que le syndic puisse le réclamer, puisque les al. 67c) et d) devraient être considérés comme les deux termes d'une alternative. L'intérêt du failli dans le remboursement n'a toutefois pas été automatiquement dévolu à son syndic. L'article 68 constitue un

for purposes of s. 67. The trustee can access them only following a court application as contemplated by s. 68(1), and no such application was made in this case. A plain language interpretation of s. 68(1) favours the view that it is a substantive provision: the opening words "[n]otwithstanding section 67" are intended to make it clear that wages will not come within s. 67(c) but will be dealt with by s. 68. The mischief which s. 68 was intended to remedy reinforces this view. Since the section was intended to remedy province-to-province disparities in the application of the *Bankruptcy Act*, it necessarily follows that it is a substantive rather than a procedural modification to the pre-existing scheme.

The post-bankruptcy income tax refund in this case retained the character of wages to the extent that it represented a return of employer withholdings. The bankrupt earned a certain amount as wages after his voluntary assignment in bankruptcy, and the fundamental character of these wages is not affected by the fact that a portion was, by virtue of statute, automatically directed toward his tax liability. The only problems with the characterization of an income tax refund as deferred wages for the purposes of s. 68 of the *Bankruptcy Act* are structural ones. The trustee's inability to act independently is a flaw inherent in s. 68(1), which has now been corrected by a statutory amendment. The fact that s. 68(2) orders can be directed only toward "the bankrupt and his employer" is a more serious problem, but this deficiency cannot affect the conclusion that an income tax refund retains its character as wages. While it would be preferable, from a trustee's point of view, to obtain an order directly against the Crown in respect of an income tax refund, an order against the bankrupt person alone does provide the trustee with the necessary legal entitlement to the refund. Moreover, the fact that the court is to have "regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt" demonstrates an overriding concern for the support of families. The discretion given to courts by s. 68 is amplified by the discretion which is necessarily left in the trustee, creditors and inspectors. Since these kinds of discretion are better able to respond to the costs of raising families, a purposive interpretation should be given to the word "wages"

code complet régissant le traitement, le salaire ou autre rémunération du failli et ces biens ne peuvent donc être des «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers» aux fins de l'art. 67. Le syndic ne peut y avoir accès qu'en présentant une demande en ce sens au tribunal, comme le prévoit le par. 68(1), et aucune demande de cette nature n'a été faite en l'espèce. L'interprétation fondée sur le sens ordinaire du par. 68(1) appuie la conception selon laquelle il s'agit d'une disposition de fond: les mots introductifs «[n]onobstant l'article 67» visent à établir clairement que le salaire relèvera non pas de l'al. 67c), mais bien de l'art. 68. La situation que l'art. 68 visait à réformer renforce ce point de vue. Puisque la disposition visait à remédier aux disparités provinciales dans l'application de la *Loi sur la faillite*, il s'ensuit nécessairement qu'elle constitue, par rapport au régime préexistant, une modification de fond plutôt qu'une modification de procédure.

Le remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu conservait, en l'espèce, son caractère de salaire dans la mesure où il représentait la remise de déductions effectuées par l'employeur. Le failli a gagné une certaine somme à titre de salaire après avoir fait volontairement cession de ses biens et le fait qu'une partie de son salaire était, en vertu de la loi, automatiquement imputée à son obligation fiscale ne change rien au caractère fondamental de ce salaire. Les seuls problèmes que pose l'assimilation du remboursement d'impôt sur le revenu à un salaire différé aux fins de l'art. 68 de la *Loi sur la faillite* sont d'ordre structurel. L'incapacité du syndic à agir unilatéralement constitue une lacune inhérente du par. 68(1) qui a maintenant été corrigée par une modification législative. Le fait que les ordonnances fondées sur le par. 68(2) ne puissent être adressées qu'«au failli et à son employeur» pose un problème plus grave, mais cette déficience ne saurait affecter la conclusion qu'un remboursement d'impôt sur le revenu conserve son caractère de salaire. Même s'il serait préférable, du point de vue du syndic, d'obtenir, à l'égard d'un remboursement d'impôt sur le revenu, une ordonnance visant directement Sa Majesté, une ordonnance contre la seule personne du failli confère légalement au syndic le droit requis au remboursement. De plus, le fait que le tribunal doive avoir «égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli» traduit une préoccupation prépondérante pour le soutien des familles. Le pouvoir discrétionnaire que l'art. 68 confère aux tribunaux est renforcé par le pouvoir discrétionnaire forcément laissé au syndic, aux créanciers et aux inspecteurs. Étant donné que ce type de pouvoirs discrétionnaires permet de mieux répondre aux coûts inhérents à l'entretien d'une famille, le mot «salaire» à l'art. 68 devrait rece-

in s. 68, notwithstanding difficulties associated with s. 68(2).

The agreement letter was incapable of creating an effective assignment owing to s. 67 of the *Financial Administration Act*, which states that "[e]xcept as provided in this Act or any other Act of Parliament . . . a Crown debt is not assignable". "Crown debt" is defined to include not only existing debts, but also future debts "due or becoming due". The *Financial Administration Act* fails to permit such assignment, and no express authorization appears in any other federal statute. By taking steps to garnish the income tax refund, the Director thus necessarily obtained priority in this case.

voir une interprétation fondée sur son objet, nonobstant les difficultés que soulève le par. 68(2).

Le protocole d'entente ne pouvait créer une cession valide en raison de l'art. 67 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* qui prévoit que «[s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale [...] les créances sur Sa Majesté sont inces- sibles». L'expression «créances sur Sa Majesté» est définie comme s'entendant non seulement des créances existantes, mais également des créances futures «échue[s] ou à échoir». La *Loi sur la gestion des finances publiques* ne permet pas une telle cession, et aucune autre loi fédérale ne contient d'autorisation expresse à cet égard. En prenant des mesures en vue de procéder à la saisie-arrêt du remboursement d'impôt sur le revenu, le directeur a donc forcément obtenu priorité en l'espèce.

Cases Cited

Disapproved: *Re Northward Airlines Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 137; *Re Beaton* (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 225; *Re Hoffer* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 222; *Re Kellaway* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 14; **distinguished:** *Re Bertrand*, [1980] 2 N.Z.L.R. 72; **referred to:** *Tailby v. Official Receiver* (1888), 13 App. Cas. 523; *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109; *Federal Commissioner of Taxation v. Official Receiver* (1956), 95 C.L.R. 300; *Re Goulet* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 222; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182; *Munich Reinsurance Co. (Canada Branch) v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1137; *Hughes v. The Queen*, 91 D.T.C. 5290; *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245; *Re McCullough* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 313; *Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64; *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417; *Re Szatmari* (1972), 18 C.B.R. (N.S.) 309; *Re Walker* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 319; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Bankruptcy Act, S.C. 1966-67, c. 32, s. 10.
Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof, S.C. 1992, c. 27, ss. 1, 2, 34(1).
Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2, 67, 68, 70, 71, 158.
Bankruptcy Act, S.C. 1919, c. 36, s. 25.

Jurisprudence

Arrêts critiqués: *Re Northward Airlines Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 137; *Re Beaton* (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 225; *Re Hoffer* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 222; *Re Kellaway* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 14; **distinction d'avec l'arrêt:** *Re Bertrand*, [1980] 2 N.Z.L.R. 72; **arrêts mentionnés:** *Tailby c. Official Receiver* (1888), 13 App. Cas. 523; *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109; *Federal Commissioner of Taxation c. Official Receiver* (1956), 95 C.L.R. 300; *Re Goulet* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 222; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Munich Reinsurance Co. (Succursale canadienne) c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1137; *Hughes c. The Queen*, 91 D.T.C. 5290; *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245; *Re McCullough* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 313; *Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64; *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417; *Re Szatmari* (1972), 18 C.B.R. (N.S.) 309; *Re Walker* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 319; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

Lois et règlements cités

Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, L.R.C. (1985), ch. 4 (2^e suppl.), art. 23, 24, 28.
Loi de faillite, S.C. 1919, ch. 36, art. 25.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 153(3), 164(1).
Loi modifiant la Loi sur la faillite, S.C. 1966-67, ch. 32, art. 10.

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.).
Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act, R.S.C., 1985, c. 4 (2nd Supp.), ss. 23, 24, 28.
Family Support Orders and Agreements Garnishment Regulations, SOR/88-181, s. 3(a).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 66, 67, 68(1), 69, 70.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 153(3), 164(1).
Maintenance Enforcement Act, S.A. 1985, c. M-0.5, s. 4.
Tax Rebate Discounting Act, R.S.C., 1985, c. T-3, s. 2(2).

Authors Cited

Canadian Encyclopedic Digest (Ontario 3rd ed.), vol. 12, Title 58. Toronto: Carswell.
Canadian Encyclopedic Digest (Western 3rd ed.), vol. 13, Title 59. Calgary: Carswell.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Houlden, L. W., and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. rev. Toronto: Carswell, 1992 (looseleaf).
House of Commons Debates, vol. VI, 1st Sess., 27th Parl., June 16, 1966, at p. 6488.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 14 C.B.R. (3d) 127, 131 A.R. 154, 25 W.A.C. 154, 4 Alta. L.R. (3d) 97, 42 R.F.L. (3d) 76, 94 D.L.R. (4th) 394, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (1991), 8 C.B.R. (3d) 238, 123 A.R. 1, 82 Alta. L.R. (2d) 67, 35 R.F.L. (3d) 225, reversing a decision of Master Funduk (1990), 2 C.B.R. (3d) 109, 112 A.R. 70, awarding the bankrupt's income tax refund to the trustee of his estate. Appeal dismissed.

Michael J. McCabe, for the appellant.

Jeanette Fedorak, for the respondent the Director of Maintenance Enforcement.

Ingrid C. Hutton, Q.C., and *Robert Moen*, for the respondent the Attorney General of Canada.

No one appeared for the respondent the Attorney General for Alberta.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence, L.C. 1992, ch. 27, art. 1, 2, 34(1).
Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-3, art. 2(2).
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2, 67, 68, 70, 71, 158.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 66, 67, 68(1), 69, 70.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.).
Maintenance Enforcement Act, S.A. 1985, ch. M-0.5, art. 4.
Règlement sur la saisie-arrêt pour l'exécution d'ordonnances et d'ententes alimentaires, DORS/88-181, art. 3a).

Doctrine citée

Canadian Encyclopedic Digest (Ontario 3rd ed.), vol. 12, Title 58. Toronto: Carswell.
Canadian Encyclopedic Digest (Western 3rd ed.), vol. 13, Title 59. Calgary: Carswell.
Débats de la Chambre des communes, vol. VI, 1^{re} sess., 27^e Parl., 16 juin 1966, à la p. 6488.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Houlden, L. W., and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. rev. Toronto: Carswell, 1992 (looseleaf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 14 C.B.R. (3d) 127, 131 A.R. 154, 25 W.A.C. 154, 4 Alta. L.R. (3d) 97, 42 R.F.L. (3d) 76, 94 D.L.R. (4th) 394, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1991), 8 C.B.R. (3d) 238, 123 A.R. 1, 82 Alta. L.R. (2d) 67, 35 R.F.L. (3d) 225, qui avait infirmé une décision du protonotaire Funduk (1990), 2 C.B.R. (3d) 109, 112 A.R. 70, accordant le remboursement d'impôt sur le revenu du failli au syndic de son actif. Pourvoi rejeté.

Michael J. McCabe, pour l'appelante.

Jeanette Fedorak, pour l'intimé le Director of Maintenance Enforcement.

Ingrid C. Hutton, c.r., et *Robert Moen*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Personne n'a comparu pour l'intimé le procureur général de l'Alberta.

Rick T. G. Reeson, for the intervener.

Rick T. G. Reeson, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J. — This appeal involves a priority contest, the subject matter of which is a bankrupt's post-bankruptcy income tax refund. The contestants are a trustee in bankruptcy and the Director of Maintenance Enforcement. The appeal has been brought as a test case, with the parties proceeding on an agreed statement of facts.

LE JUGE IACOBUCCI — Ce pourvoi porte sur la contestation d'un ordre de priorité, dont l'objet est un remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu payé par un failli. Les parties en cause sont un syndic de faillite et le Director of Maintenance Enforcement. Il s'agit d'une cause type pour laquelle les parties ont produit un exposé conjoint des faits.

I. Facts

I. Les faits

In 1986, Arden Anthony Marzetti was ordered to pay monthly child and spousal support pursuant to the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.). He fell into arrears, and a default hearing was held in December 1988. As a consequence, Marzetti was ordered to pay \$250 per month to the Director of Maintenance Enforcement (the "Director"), who is appointed pursuant to s. 4 of the *Maintenance Enforcement Act*, S.A. 1985, c. M-0.5.

En 1986, Arden Anthony Marzetti a été condamné à verser une pension alimentaire mensuelle à ses enfants et à son épouse conformément à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.). Comme il avait accumulé des arrérages, une audience sur son défaut a été tenue en décembre 1988, à l'issue de laquelle Marzetti a été condamné à verser 250 \$ par mois au Director of Maintenance Enforcement (le «Directeur»), nommé en vertu de l'art. 4 de la *Maintenance Enforcement Act*, S.A. 1985, ch. M-0.5.

On June 7, 1989, Marzetti filed a voluntary assignment into bankruptcy. On that date, he also executed an "Agreement Letter" as requested by his Trustee in Bankruptcy, Peat Marwick Thorne Inc. The Agreement Letter reads:

Le 7 juin 1989, Marzetti a produit une cession volontaire de ses biens. Le même jour, il a signé à la demande de son syndic de faillite, Peat Marwick Thorne Inc., un protocole d'entente rédigé en ces termes:

I hereby authorize Peat Marwick Limited, as Trustee of my Estate, to complete and file with Revenue Canada—Taxation my post-bankruptcy income tax return for the year 1989. I further authorize that any refund resulting from the post-bankruptcy income tax return be mailed to Peat Marwick Limited as an asset pursuant to Section 47 of the Bankruptcy Act for distribution to my creditors.

[TRANSDUCTION] J'autorise, par les présentes, Peat Marwick Limited, syndic de mon actif, à remplir et à produire auprès de Revenu Canada—Impôt ma déclaration postfaillite d'impôt sur le revenu pour l'année 1989. Je consens de plus à ce que tout remboursement résultant de cette déclaration soit posté à Peat Marwick Limited comme étant un élément d'actif conformément à l'article 47 de la Loi sur la faillite, afin d'être partagé entre mes créanciers.

On February 15, 1990, the Director filed a Notice of Continuing Attachment against the federal Crown under the *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act*, R.S.C., 1985, c. 4 (2nd Supp.). The Notice instructed the Crown to pay to the Director specified monies, namely, sums

Le 15 février 1990, le Directeur a produit un avis de saisie-arrêt continue à l'encontre de la Couronne fédérale en vertu de la *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. (1985), ch. 4 (2^e suppl.). L'avis enjoignait à Sa Majesté de verser au Directeur des sommes pré-

otherwise payable to Marzetti under any Act of Parliament.

On March 7, 1990, Marzetti was granted an absolute discharge from bankruptcy.

On April 13, 1990, the Department of Justice issued a garnishee summons, thus putting into effect the Notice of Continuing Attachment previously filed.

On April 30, 1990, the Trustee filed a post-bankruptcy income tax return for Marzetti. That return summarized Marzetti's tax liability for the period between June 7, 1989 and December 31, 1989. A post-bankruptcy income tax refund totalling \$2,066.90 became payable.

Before the refund was paid, the Trustee applied for a declaration that the refund was properly payable to the Trustee rather than the Director. Although the Crown in right of Canada was served with notice of the Trustee's motion, the tax refund was nonetheless paid to the Director in August 1990. Counsel for the Attorney General of Canada acknowledged that this payment was made in error, and that the Minister of National Revenue did not intentionally make payment prior to resolution of the priority dispute.

In response to the Trustee's motion, an Alberta Master declared that the refund constitutes property of Marzetti which vested in the Trustee: (1990), 2 C.B.R. (3d) 109, 112 A.R. 70. The Director was ordered to pay the amount of the refund to the Trustee. The Court of Queen's Bench of Alberta allowed the Director's appeal, and ordered that the refund be returned to the Director: (1991), 8 C.B.R. (3d) 238, 123 A.R. 1, 82 Alta. L.R. (2d) 67, 35 R.F.L. (3d) 225. The Court of Appeal for Alberta dismissed the Trustee's appeal: (1992), 14 C.B.R. (3d) 127, 131 A.R. 154, 25 W.A.C. 154, 4 Alta. L.R. (3d) 97, 42 R.F.L. (3d) 76, 94 D.L.R. (4th) 394. This Court granted leave to appeal from that decision: [1993] 1 S.C.R. vii.

cises, savoir les sommes par ailleurs payables à Marzetti en vertu de toute loi du Parlement.

Le 7 mars 1990, Marzetti a obtenu sa libération absolue de la faillite.

Le 13 avril 1990, le ministère de la Justice a délivré un bref de saisie-arrêt, rendant ainsi exécutoire l'avis de saisie-arrêt continue produit antérieurement.

Le 30 avril 1990, le syndic a produit pour Marzetti une déclaration postfaillite d'impôt sur le revenu. Cette déclaration résumait la dette fiscale de Marzetti pour la période comprise entre le 7 juin 1989 et le 31 décembre 1989. Un remboursement postfaillite d'impôt de 2 066,90 \$ est ainsi devenu payable.

Avant que le remboursement ne soit effectué, le syndic a demandé un jugement déclarant que le remboursement était à bon droit payable à lui et non au Directeur. Bien qu'un avis de la requête du syndic ait été signifié à Sa Majesté du chef du Canada, le montant du remboursement a néanmoins été versé au Directeur en août 1990. L'avocat du procureur général du Canada a reconnu que ce paiement avait été fait par erreur et que ce n'était donc pas intentionnellement que le ministre du Revenu national avait effectué le paiement avant le règlement de la contestation de l'ordre de priorité.

En réponse à la requête du syndic, un protonotaire de l'Alberta a déclaré que le remboursement constituait un bien de Marzetti dévolu au syndic: (1990), 2 C.B.R. (3d) 109, 112 A.R. 70. Il a ordonné au Directeur de verser le montant du remboursement au syndic. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a accueilli l'appel du Directeur et ordonné que le remboursement lui soit remis: (1991), 8 C.B.R. (3d) 238, 123 A.R. 1, 82 Alta. L.R. (2d) 67, 35 R.F.L. (3d) 225. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel du syndic: (1992), 14 C.B.R. (3d) 127, 131 A.R. 154, 25 W.A.C. 154, 4 Alta. L.R. (3d) 97, 42 R.F.L. (3d) 76, 94 D.L.R. (4th) 394. Notre Cour a accordé l'autorisation d'en appeler de cette décision: [1993] 1 R.C.S. vii.

The Attorney General for Alberta, a named respondent who participated in the proceedings below, was not represented in the appeal before this Court.

II. Relevant Statutory Provisions

A. *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3

2. In this Act,

“property” includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, and whether situated in Canada or elsewhere, and includes obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property;

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

- (a) property held by the bankrupt in trust for any other person,
- (b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides,

but it shall comprise

- (c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and
- (d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

68. (1) Notwithstanding section 67, where a bankrupt is in receipt of, or is entitled to receive, any salary, wages or other remuneration from any person employing, or using the services of, the bankrupt, in this section referred to as the “employer”, the trustee, if directed by the inspectors or the creditors, shall apply to the court for an order directing the payment to the trustee of such part of the salary, wages or other remuneration as the court may determine, having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt.

Le procureur général de l’Alberta, un intimé désigné qui était partie aux procédures devant les tribunaux d’instance inférieure, n’était pas représenté lors du pourvoi devant notre Cour.

II. Les dispositions législatives pertinentes

A. *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«biens» Biens de toute nature, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu’ils soient situés au Canada ou ailleurs. Leur sont assimilés les sommes d’argent, marchandises, droits incorporels et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d’intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s’y rattachant.

67. Les biens d’un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

- a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;
- b) les biens qui, à l’encontre du failli, sont exempts d’exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli,

mais ils comprennent:

- c) tous les biens, où qu’ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu’il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;
- d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

68. (1) Nonobstant l’article 67, lorsqu’un failli reçoit ou a droit de recevoir un traitement, un salaire ou une rémunération sous une autre forme d’une personne qui emploie le failli ou utilise ses services, appelée au présent article l’«employeur», le syndic, s’il en est requis par les inspecteurs ou les créanciers, demande au tribunal de rendre une ordonnance portant que soit payée au syndic la partie du traitement, du salaire ou de la rémunération que peut déterminer le tribunal, eu égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli.

(2) An order under subsection (1) shall be directed to the bankrupt and his employer and shall be expressed to continue for such time as the court may fix or until payment of a sum specified in the order and, unless otherwise stated in the order, it ceases to have effect on the discharge of the bankrupt.

. . .

(4) An order under subsection (1) shall be served on the bankrupt and is binding on him, and when the order is served on his employer, it is binding on the employer named therein and any subsequent employer of the bankrupt if a copy of the order is served on the subsequent employer, but nothing in this section shall be construed as requiring the trustee to serve such an order on any employer of a bankrupt if it appears to the trustee inexpedient to do so.

. . .

70. (1) Every receiving order and every assignment made in pursuance of this Act takes precedence over all judicial or other attachments, garnishments, certificates having the effect of judgments, judgments, certificates of judgment, judgments operating as hypothecs, executions or other process against the property of a bankrupt, except those that have been completely executed by payment to the creditor or his agent, and except the rights of a secured creditor.

. . .

71. . . .

(2) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

. . .

158. A bankrupt shall

. . .

(2) Une ordonnance aux termes du paragraphe (1) est adressée au failli et à son employeur et indique expressément qu'elle reste en vigueur pendant la durée que peut fixer le tribunal ou jusqu'au paiement d'une somme spécifiée dans l'ordonnance et, sauf disposition différente de l'ordonnance, celle-ci cesse d'avoir effet à la libération du failli.

. . .

(4) Une ordonnance aux termes du paragraphe (1) est signifiée au failli et lie ce dernier et, lorsque l'ordonnance est signifiée à son employeur, elle lie l'employeur y nommé ainsi que tout employeur subséquent du failli si une copie de l'ordonnance lui est signifiée; toutefois, le présent article n'a pas pour effet d'obliger le syndic à signifier une telle ordonnance à un employeur du failli s'il apparaît au syndic qu'il est inopportun d'agir ainsi.

. . .

70. (1) Toute ordonnance de séquestre rendue et toute cession faite en conformité avec la présente loi ont priorité sur toutes saisies, saisies-arrêts, certificats ayant l'effet de jugements, jugements, certificats de jugements, jugements ayant l'effet d'hypothèques, exécutions ou autres procédures contre les biens d'un failli, sauf ceux qui ont été complètement réglés par paiement au créancier ou à son mandataire, et sauf les droits d'un créancier garanti.

. . .

71. . . .

(2) Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel, un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession, ni transfert quelconque.

. . .

158. Le failli doit:

. . .

(l) execute such powers of attorney, conveyances, deeds and instruments as may be required;

l) exécuter les procurations, transports, actes et instruments qu'il peut être requis d'exécuter;

. . .

. . .

(o) generally do all such acts and things in relation to his property and the distribution of the proceeds among his creditors as may be reasonably required by the trustee, or may be prescribed by the General Rules, or may be directed by the court by any special order made with reference to any particular case or made on the occasion of any special application by the trustee, or any creditor or person interested . . .

o) d'une façon générale, accomplir, au sujet de ses biens et du partage du produit parmi ses créanciers, tous actes et toutes choses que le syndic peut raisonnablement lui demander de faire, ou que les Règles générales peuvent prescrire, ou qu'il peut recevoir l'ordre de faire du tribunal par une ordonnance spéciale rendue à l'égard d'un cas particulier, ou rendue à l'occasion d'une requête particulière du syndic, d'un créancier ou d'une personne intéressée;

B. *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act*, R.S.C., 1985, c. 4 (2nd Supp.)

B. *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. (1985), ch. 4 (2^e suppl.)

23. In this Part,

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

. . .

"garnishable moneys" means moneys authorized to be paid by Her Majesty by or under such Acts of Parliament or provisions thereof or programs thereunder as are designated by the regulations;

«sommes saisissables» Toutes sommes dont Sa Majesté autorise le paiement au titre des lois fédérales, des dispositions de ces lois ou des programmes établis sous leur régime, qui sont désignés par règlement.

. . .

. . .

24. Notwithstanding any other Act of Parliament preventing the garnishment of Her Majesty, Her Majesty may, for the enforcement of support orders and support provisions, be garnished in accordance with this Part in respect of all garnishable moneys.

24. Par dérogation à toute autre loi fédérale interdisant la saisie-arrêt entre les mains de Sa Majesté, il peut être procédé, au titre de la présente partie, à la saisie-arrêt, entre les mains de Sa Majesté, de toutes les sommes saisissables pour l'exécution d'ordonnances ou d'ententes alimentaires.

. . .

. . .

28. Subject to this Part and the regulations, service of the following documents on the Minister, namely,

28. Sous réserve de la présente partie et des règlements, Sa Majesté est liée pour une période de un an quant à toutes les sommes saisissables payables au débiteur nommé dans le bref de saisie-arrêt dès que lui sont signifiés les documents suivants:

- (a) a garnishee summons,
- (b) a copy of the support order or agreement containing the support provision to which the garnishee summons relates, and
- (c) an application in the form prescribed by the regulations,

- a) le bref de saisie-arrêt;
- b) la copie de l'ordonnance alimentaire ou de l'entente alimentaire visée par le bref;
- c) la demande en la forme réglementaire.

binds Her Majesty for one year in respect of all garnishable moneys payable to the judgment debtor named in the garnishee summons.

C. *Family Support Orders and Agreements Garnishment Regulations*, SOR/88-181

3. The following Acts, provisions thereof and programs thereunder are designated for the purposes of the definition "garnishable moneys" in section 23 of the Act:

- (a) sections 164 and 216 of the *Income Tax Act* as they relate to the personal return of income of the taxpayer for a particular taxation year; . . .

D. *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11

66. In this Part,

"Crown debt" means any existing or future debt due or becoming due by the Crown, and any other chose in action in respect of which there is a right of recovery enforceable by action against the Crown;

67. Except as provided in this Act or any other Act of Parliament,

- (a) a Crown debt is not assignable; and
(b) no transaction purporting to be an assignment of a Crown debt is effective so as to confer on any person any rights or remedies in respect of that debt.

E. *Tax Rebate Discounting Act*, R.S.C., 1985, c. T-3

2. . . .

(2) For the purposes of this Act, a person acquires a right to a refund of tax where that person, as between himself and another person, acquires a right to a refund of tax or to an amount equal to the amount of a refund of tax, notwithstanding that, by virtue of section 67 of the *Financial Administration Act* or any provision of any other Act of Parliament or of the legislature of a province, the refund of tax is not assignable.

C. *Règlement sur la saisie-arrêt pour l'exécution d'ordonnances et d'ententes alimentaires*, DORS/88-181

3. Les lois et dispositions de loi qui suivent, ou les programmes établis sous leur régime, sont désignés pour l'application de la définition de «sommes saisissables» figurant à l'article 23 de la Loi:

- a) les articles 164 et 216 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tels qu'ils s'appliquent à la déclaration personnelle de revenu du contribuable pour une année d'imposition donnée; . . .

D. *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11

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

«créances sur Sa Majesté» Créance existante ou future, échue ou à échoir, sur Sa Majesté, ainsi que tout autre droit incorporel dont le recouvrement peut être poursuivi en justice contre Sa Majesté.

67. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale:

- a) les créances sur Sa Majesté sont incessibles;
b) aucune opération censée constituer une cession de créances sur Sa Majesté n'a pour effet de conférer à quiconque un droit ou un recours à leur égard.

E. *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-3

2. . . .

(2) Pour l'application de la présente loi, une personne acquiert le droit à un remboursement d'impôt lorsqu'elle devient cessionnaire du droit à un remboursement d'impôt ou au versement d'une somme égale au montant d'un remboursement d'impôt, nonobstant le fait qu'en vertu de l'article 67 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* ou des dispositions de toute autre loi fédérale ou provinciale, le remboursement d'impôt n'est pas cessible.

III. Judgments

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1990), 2 C.B.R. (3d) 109 (Master Funduk in Chambers)

Master Funduk asked whether an income tax refund can be considered property of a bankrupt which vests in a trustee by virtue of the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. He answered that a refund is *prima facie* "property", as that term is used in s. 67 of the *Bankruptcy Act*. However, he realized that some courts have treated refunds as deferred wages, and that such courts, by invoking s. 68 of the *Bankruptcy Act*, have held that refunds do not automatically vest in trustees under s. 67.

Master Funduk was prepared to accept that s. 68 of the *Bankruptcy Act* removes wages from the scope of s. 67(c). But after a comprehensive review of case law, he was not prepared to accept that income tax deductions from an employee's wages retain the character of wages. He stated, plainly: "I do not think that an income tax refund can logically be considered to be 'deferred wages'" (p. 119).

Further, Master Funduk noted that, if the refund retained its character as wages, then the plain language of s. 68 would seem to preclude trustees from obtaining orders in respect of the refund. Pursuant to s. 68, while a trustee can secure an order to obtain wages, the s. 68 order can be directed only toward "the bankrupt and his employer". Master Funduk stated that s. 68 does not permit the attachment of a debt owed by a third party to a bankrupt.

Accordingly, Master Funduk held that the income tax refund is not within the scope of s. 68 of the *Bankruptcy Act*. He held that it is property of the bankrupt within s. 67(c) which vested auto-

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1990), 2 C.B.R. (3d) 109 (le protonotaire Funduk en chambre)

Le protonotaire Funduk s'est demandé si un remboursement d'impôt sur le revenu peut être considéré comme un bien du failli qui est dévolu au syndic en vertu de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3. Il a répondu qu'un remboursement est à première vue un «bien» au sens de l'art. 67 de la *Loi sur la faillite*. Toutefois, il s'est rendu compte que certains tribunaux ont traité les remboursements comme un salaire différé et que, se fondant sur l'art. 68 de la *Loi sur la faillite*, ils ont décidé que les remboursements ne sont pas automatiquement dévolus aux syndics aux termes de l'art. 67.

Le protonotaire Funduk était disposé à accepter que l'art. 68 de la *Loi sur la faillite* soustrait le salaire à l'application de l'al. 67c). Mais après avoir fait un examen approfondi de la jurisprudence, il n'était pas disposé à accepter que les déductions d'impôt sur le revenu prélevées sur le salaire d'un employé conservaient leur caractère de salaire. Il a dit simplement: [TRADUCTION] «Je ne crois pas qu'un remboursement d'impôt sur le revenu puisse logiquement être considéré comme un «salaire différé»» (p. 119).

Le protonotaire Funduk a souligné, en outre, que si le remboursement conservait son caractère de salaire, l'art. 68 semblerait alors manifestement interdire aux syndics d'obtenir une ordonnance à l'égard de cette somme. Aux termes de l'art. 68, bien que le syndic puisse demander une ordonnance aux fins d'obtenir le versement du salaire, cette ordonnance ne peut être adressée qu'«au failli et à son employeur». Selon le protonotaire Funduk, l'art. 68 ne permet pas de procéder à la saisie-arrêt de la créance que le failli possède contre une tierce partie.

En conséquence, le protonotaire Funduk a conclu que le remboursement d'impôt sur le revenu n'est pas visé par l'art. 68 de la *Loi sur la faillite*. Il a conclu qu'il s'agit d'un bien du failli, au sens

matically in the Trustee. In light of these holdings, Master Funduk did not consider arguments relating to the Agreement Letter.

B. *Alberta Court of Queen's Bench* (1991), 8 C.B.R. (3d) 238 (Wachowich J.)

Wachowich J. (as he then was) agreed with Master Funduk that the tax refund is *prima facie* property within s. 67(c) of the *Bankruptcy Act*. He also agreed that the refund is neither wages nor deferred wages within s. 68. However, Wachowich J. indicated that "[w]hile the tax refund falls within s. 67(c), it seems clear from the language of the *Bankruptcy Act* that s. 67(d) must also apply *before* the property can be dealt with by the trustee" (pp. 246-47). Wachowich J. stated (at p. 247):

This means that the trustee's right to deal with this property is limited to those rights the bankrupt would have had had he not been bankrupt . . . if Marzetti had not been bankrupt, he would have had no power to collect the portion of the tax refund garnisheed by the Director because of the *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act*. Similarly then, the trustee has no right to that portion of the tax refund garnisheed and paid to the Director.

. . .

Thus, the tax refund does not automatically vest in the trustee under ss. 67(c) and (d).

Wachowich J. next considered the Agreement Letter. He found that, under ss. 66 and 67 of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, "there is a statutory prohibition against the assignment of Crown debts except as specifically authorized by federal legislation" (p. 247). Wachowich J. accepted that, by virtue of *Re Northward Airlines Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 137 (Alta. Q.B.), an assignment might nonetheless be effective as between an assignor and an assignee. However, Wachowich J. referred to *Tailby v. Offi-*

de l'al. 67c), qui est automatiquement dévolu au syndic. Vu ces conclusions, le protonotaire Funduk n'a pas examiné les arguments relatifs au protocole d'entente.

B. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1991), 8 C.B.R. (3d) 238 (le juge Wachowich)

Le juge Wachowich (maintenant juge en chef adjoint de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta) a souscrit à l'opinion du protonotaire Funduk selon laquelle le remboursement d'impôt est à première vue un bien au sens de l'al. 67c) de la *Loi sur la faillite*. Il a également convenu que le remboursement n'est ni un salaire ni un salaire différé au sens de l'art. 68. Toutefois, le juge Wachowich a indiqué que [TRADUCTION] «[b]ien que le remboursement d'impôt soit visé par l'al. 67c), il semble ressortir clairement de la *Loi sur la faillite* que l'al. 67d) doit également s'appliquer *pour* que le syndic puisse disposer du bien» (pp. 246 et 247). Il ajoute ceci (à la p. 247):

[TRADUCTION] Cela signifie que le droit du syndic de disposer de ce bien est restreint aux droits que le failli aurait eu s'il n'avait pas fait faillite. [...] si Marzetti n'avait pas fait faillite, il n'aurait pas eu le pouvoir de toucher la part du remboursement d'impôt visée par la saisie-arrêt pratiquée par le Directeur en raison de la *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*. Alors, de la même façon, le syndic n'a pas droit à la part du remboursement d'impôt visée par la saisie-arrêt et versée au Directeur.

. . .

Par conséquent, le remboursement d'impôt n'est pas automatiquement dévolu au syndic en vertu des al. 67c) et d).

Le juge Wachowich a ensuite examiné le protocole d'entente. Il a conclu qu'aux termes des art. 66 et 67 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, [TRADUCTION] «la cession des créances sur Sa Majesté est interdite, sous réserve des dispositions expresses d'autres lois fédérales» (p. 247). Le juge Wachowich a reconnu que, suivant la décision *Re Northward Airlines Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 137 (B.R. Alb.), une cession pourrait néanmoins s'appliquer entre le cédant et le cessionnaire.

cial Receiver (1888), 13 App. Cas. 523 (H.L.), and stated (at p. 249):

... while the assignment might bind the conscience of the assignor, it cannot bind the property until such time as the contract becomes capable of being performed. ... the contract between the assignor and the assignee cannot be performed until the assignor has received his tax refund. Because of the nature of the garnishment proceedings available to the Director, the assignor (the bankrupt) never does receive the tax refund. Thus, the assignee's rights to the property never materialize.

Thus, Wachowich J. distinguished *Re Northward Airlines* on the ground that it did not involve a prior right to garnishee a Crown debt.

On the question of assignment, then, Wachowich J. concluded that the Trustee is "attempting to get through the back door something it could not get through the front" (p. 249). He stated that the Trustee could take action against the Director only if Marzetti could similarly take action, which he could not. He found that, once the refund passed to the Director, it ceased to be Marzetti's property under s. 67(c), in that Marzetti had "no power over or in respect of that property" (p. 249). Additionally, Wachowich J. stated that even if the assignment were otherwise enforceable, it would remain unenforceable on the facts because of the Trustee's failure to comply with ss. 69 and 70 of the *Financial Administration Act*.

The assignment being ineffective, and s. 67(c) of the *Bankruptcy Act* being inoperative, Wachowich J. allowed the appeal. He declared that the income tax refund was properly attached by the Director. Accordingly, he ordered the Trustee to remit the refund plus interest to the Director.

C. *Alberta Court of Appeal* (1992), 14 C.B.R. (3d) 127 (Major J.A. for the Court)

Major J.A. (as he then was) first discussed the role of s. 68 of the *Bankruptcy Act*. In his opinion, s. 68 legislatively overruled *Industrial Acceptance*

Se reportant toutefois à l'arrêt *Tailby c. Official Receiver* (1888), 13 App. Cas. 523 (H.L.), il dit ceci (à la p. 249):

[TRADUCTION] ... bien que la cession puisse lier la conscience du cédant, elle ne peut avoir d'effet obligatoire sur le bien tant que le contrat n'est pas devenu susceptible d'exécution. [...] le contrat entre le cédant et le cessionnaire ne peut être exécuté avant que le cédant n'ait reçu son remboursement d'impôt. En raison de la nature des procédures de saisie-arêt auxquelles peut recourir le Directeur, le cédant (le failli) ne touche jamais le remboursement d'impôt. Ainsi, les droits du cessionnaire ne se concrétisent jamais.

Le juge Wachowich a donc établi une distinction en disant que l'affaire *Re Northward Airlines* ne mettait pas en cause un droit prioritaire de procéder à la saisie-arêt d'une créance sur Sa Majesté.

Sur la question de la cession, le juge Wachowich a donc conclu que le syndic [TRADUCTION] «tente de faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement» (p. 249). Selon lui, le syndic ne pouvait agir contre le Directeur que si Marzetti pouvait semblablement agir, ce qu'il ne pouvait pas. Il a estimé qu'une fois le remboursement entre les mains du Directeur, il cessait d'être un bien de Marzetti au sens de l'al. 67c), du fait que ce dernier n'avait [TRADUCTION] «aucun pouvoir sur ce bien ou à son égard» (p. 249). Le juge Wachowich a ajouté que, même si la cession était par ailleurs opposable, elle demeurerait inopposable dans les faits en raison du défaut du syndic de se conformer aux art. 69 et 70 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

La cession étant sans effet et l'al. 67c) de la *Loi sur la faillite* étant inopérant, le juge Wachowich a accueilli l'appel. Il a déclaré que le remboursement d'impôt sur le revenu avait été saisi à bon droit par le Directeur. En conséquence, il a ordonné au syndic de remettre au Directeur le remboursement ainsi que les intérêts courus.

C. *Cour d'appel de l'Alberta* (1992), 14 C.B.R. (3d) 127 (le juge Major au nom de la cour)

Le juge Major (maintenant juge de notre Cour) a d'abord analysé le rôle de l'art. 68 de la *Loi sur la faillite*. À son avis, cet article est venu, par voie

Corp. v. Lalonde, [1952] 2 S.C.R. 109. Thus, Major J.A. interpreted s. 68 to mean that "only upon application to the court having regard to the enumerated considerations can a trustee access the wages or salary earned by a bankrupt" (p. 131).

Major J.A. next accepted as correct both *Federal Commissioner of Taxation v. Official Receiver* (1956), 95 C.L.R. 300 (Austr. H.C.) and *Re Goulet* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 222 (Ont. S.C.). This acceptance supported his conclusion, namely, that "tax deductions taken at source by an employer and remitted to Revenue Canada do not lose their character as wages" (p. 135). Major J.A. explained that "[t]he reality of the situation is that the income tax refund, insofar as it relates to employer withholdings, represents wages that otherwise would have been paid to the bankrupt" (p. 134). He buttressed his conclusion with dicta from *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182. But he also qualified his conclusion by stating (at p. 135):

I do not conclude that all tax refunds are wages. It depends on the nature of the refund. In this case the refund was the result of taxes deducted directly from wages. Tax refunds may arise in other ways and can be determined when that case arises.

Then, as a final point on the wages issue, Major J.A. considered whether the language of s. 68 precludes a wages characterization for income tax refunds. He described the position of Master Funduk, namely, that since s. 68 does not contemplate an order against the Crown, a refund cannot constitute s. 68 "wages". For Major J.A., however, the alleged problem with s. 68 is irrelevant, inasmuch as it "cannot change the characterization of employer withholdings returned in the form of a tax refund as 'wages'" (p. 135). He stated that any s. 68 problem associated with the making of orders is a problem for Parliament.

législative, renverser l'arrêt *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109. Il a donc interprété l'art. 68 comme signifiant que [TRADUCTION] «ce n'est que sur requête au tribunal, eu égard aux facteurs énumérés, qu'un syndic peut avoir accès au traitement ou au salaire gagné par le failli» (p. 131).

Le juge Major a ensuite accepté comme justes l'arrêt *Federal Commissioner of Taxation c. Official Receiver* (1956), 95 C.L.R. 300 (H.C. Austr.), et la décision *Re Goulet* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 222 (C.S. Ont.), d'où sa conclusion que [TRADUCTION] «les déductions fiscales prélevées à la source par l'employeur et remises à Revenu Canada ne perdent pas leur caractère de salaire» (p. 135). Le juge Major a expliqué qu'[TRADUCTION] «[e]n réalité, le remboursement d'impôt, dans la mesure où il se rapporte à des retenues de l'employeur, représente un salaire qui, par ailleurs, aurait été versé au failli» (p. 134). Il a étayé sa conclusion au moyen d'opinions incidentes formulées dans l'arrêt *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, en apportant toutefois la nuance suivante (à la p. 135):

[TRADUCTION] Je ne conclus pas que tous les remboursements d'impôt sont des salaires. Tout dépend de la nature du remboursement. En l'espèce, il résultait d'impôts déduits directement du salaire. Il peut certes y avoir remboursement dans d'autres cas, et c'est en fonction de chaque cas d'espèce qu'on en déterminera la nature.

Puis, pour clore sur la question du salaire, le juge Major s'est demandé si les termes de l'art. 68 empêchent que le remboursement d'impôt sur le revenu soit considéré comme un salaire. Il a rappelé la position du protonotaire Funduk, savoir qu'étant donné que l'art. 68 ne prévoit pas la délivrance d'une ordonnance contre Sa Majesté, le remboursement ne saurait constituer un salaire au sens de cet article. Pour le juge Major, toutefois, le problème que poserait l'art. 68 n'est pas pertinent dans la mesure où il [TRADUCTION] «ne sauraient empêcher que soient qualifiées de «salaire» les retenues de l'employeur restituées sous la forme d'un remboursement d'impôt» (p. 135). Il a ajouté que tout problème que pose l'art. 68 relativement à la délivrance d'ordonnances relève du Parlement.

In the alternative, Major J.A. agreed with Wachowich J.'s other conclusions relating to the operation of s. 67 of the *Bankruptcy Act*, the effectiveness of the Agreement Letter, and the requirements of the *Financial Administration Act*. Major J.A. dismissed the appeal, and held that the Director was properly entitled to the refund because of the Notice of Continuing Attachment.

IV. Issues

The central issue in this appeal, as I have already noted, is whether the Trustee or the Director has priority in respect of Marzetti's post-bankruptcy income tax refund. In discussing this issue, I find it convenient to adopt the following structure:

A. What is the position under the *Bankruptcy Act*?

1. In general terms, is the *Bankruptcy Act*'s reference to "property" broad enough to embrace the facts of this case?
2. In specific terms, must a court conclude that both ss. 67(c) and 67(d) of the *Bankruptcy Act* have been satisfied in order to conclude that there exists "property of a bankrupt divisible among his creditors" for the purposes of s. 67?
3. Is s. 68 a complete code in respect of a bankrupt's wages?
4. Should a post-bankruptcy income tax refund be considered "wages" for the purposes of s. 68?

B. Did the Agreement Letter create an enforceable assignment?

In answering these questions, I will make frequent reference to the *Bankruptcy Act*. I do so with full knowledge that the relevant statute is now entitled the *Bankruptcy and Insolvency Act*: see S.C. 1992, c. 27, ss. 1 and 2. However, since the statute was known as the *Bankruptcy Act* at the pertinent times, and since none of the 1992 amendments materially affects my opinion, I will generally find

Subsidiairement, le juge Major a souscrit aux autres conclusions du juge Wachowich relatives à l'application de l'art. 67 de la *Loi sur la faillite*, au caractère exécutoire du protocole d'entente et aux exigences de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Il a rejeté l'appel et conclu que c'est à juste titre que le Directeur avait droit au remboursement en raison de l'avis de saisie-arêt continue.

^b IV. Les questions en litige

Comme je l'ai déjà indiqué, la principale question en litige dans ce pourvoi est de savoir qui, du syndic ou du Directeur, a priorité quant au remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu de Marzetti. J'estime opportun d'analyser cette question selon le plan suivant:

^a A. Quelle est la situation sous le régime de la *Loi sur la faillite*?

1. De façon générale, le terme «biens» employé dans la *Loi sur la faillite* est-il assez large pour s'appliquer aux faits de la présente affaire?
2. Plus précisément, faut-il que le tribunal estime que les al. 67c) et 67d) de la *Loi sur la faillite* ont tous deux été respectés pour pouvoir conclure à l'existence de «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers», aux fins de l'art. 67?
3. L'article 68 constitue-t-il un code complet pour ce qui est du salaire d'un failli?
4. Le remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu devrait-il être considéré comme un «salaire» aux fins de l'art. 68?

^h B. Le protocole d'entente a-t-il créé une cession exécutoire?

Pour répondre à ces questions, je me reporterai souvent à la *Loi sur la faillite*. Je le fais en sachant parfaitement que la loi pertinente s'intitule maintenant *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*: voir L.C. 1992, ch. 27, art. 1 et 2. Toutefois, vu que cette loi était, à l'époque en cause, connue sous le nom de *Loi sur la faillite* et qu'aucune des modifications apportées en 1992 n'a d'incidence importante sur

it unnecessary to have regard to the amended version.

V. Analysis

A. What is the Position Under the Bankruptcy Act?

Perhaps more for logic than for law, I consider it helpful, as an initial matter, to consider s. 67 of the *Bankruptcy Act* in isolation. That section is of critical importance to the Act's operation, inasmuch as it establishes certain rules regarding what will, and what will not, comprise "property of a bankrupt divisible among his creditors". These rules, in turn, rest upon a definition of "property" found in s. 2 of the *Bankruptcy Act*.

Both s. 67 and the "property" definition can trace their legislative roots back to the original *Bankruptcy Act*, S.C. 1919, c. 36. The "property" definition in that early statute is nearly identical to the existing definition found in s. 2. Likewise, s. 25 of the early statute performed much the same function as the current s. 67. In contrast, s. 68 is historically rooted in a relatively recent amendment: S.C. 1966-67, c. 32, s. 10. Although I will later conclude that s. 68 is operative in this case, both the long history and the fundamental importance of s. 67 lead me first to consider that section of the *Bankruptcy Act* in isolation.

1. In general terms, is the *Bankruptcy Act*'s reference to "property" broad enough to embrace the facts of this case?

Section 67(c) of the *Bankruptcy Act* provides that "[t]he property of a bankrupt divisible among his creditors . . . shall comprise . . . all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge". At the "date of his bankruptcy" in this case, Marzetti had no interest in the tax refund, since that refund relates to income he earned following his voluntary assignment into bankruptcy. Accordingly, the relevant

mon opinion, j'estimerai généralement inutile de me reporter à la version modifiée.

V. Analyse

A. Quelle est la situation sous le régime de la Loi sur la faillite?

Pour des raisons relevant peut-être davantage de la logique que du droit, j'estime qu'il est utile, au départ, d'examiner séparément l'art. 67 de la *Loi sur la faillite*. Cet article revêt une importance cruciale en ce qui concerne l'application de la Loi dans la mesure où il fixe certaines règles quant à ce que comprendront et ne comprendront pas les «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers». Ces règles se fondent, quant à elles, sur la définition du mot «biens» figurant à l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*.

Tant l'art. 67 que la définition du mot «biens» trouvent leur origine législative dans la première *Loi de faillite*, S.C. 1919, ch. 36. Dans cette première loi, la définition de «biens» est quasi identique à la définition que l'on trouve actuellement à l'art. 2. De même, l'art. 25 de la première loi remplissait la même fonction que l'art. 67 actuel. Par contre, l'art. 68 résulte historiquement d'une modification relativement récente: S.C. 1966-67, ch. 32, art. 10. Même si je conclurai plus tard à l'application de l'art. 68 en l'espèce, l'ancienneté et l'importance fondamentale de l'art. 67 m'amènent à examiner d'abord séparément cet article de la *Loi sur la faillite*.

1. De façon générale, le terme «biens» employé dans la *Loi sur la faillite* est-il assez large pour s'appliquer aux faits de la présente affaire?

L'alinéa 67c) de la *Loi sur la faillite* prévoit que «[l]es biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, [. . .] comprennent [. . .] tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération». À la «date de la faillite» en l'espèce, Marzetti n'avait aucun droit au remboursement d'impôt étant donné que ce remboursement se rapportait à un revenu qu'il a gagné après avoir fait

issue is whether Marzetti “acquired” any property, or whether any property “devolve[d] on him”, prior to his discharge.

In discussing this issue, it must first be observed that Marzetti’s income tax return was not filed until after his discharge from bankruptcy. This means that, if Marzetti acquired property in respect of the refund, or had such property devolve upon him, the acquisition or devolution cannot depend upon the filing of the income tax return itself. Can it be said that, prior to his discharge, Marzetti had property in respect of his eventual income tax refund, even though a return was not filed until after his discharge?

According to the Director, it cannot, and for this proposition the Director cited *Munich Reinsurance Co. (Canada Branch) v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1137 (T.C.C.). In that case, Rip T.C.J. stated that “the right to a refund does not arise at the time an overpayment of any tax instalment is made but it arises on the day a return is filed” (p. 1143). In making this statement, however, Rip T.C.J. was speaking in terms of the taxpayer having “an enforceable right against the Minister” (p. 1143, *emphasis added*). In particular, he was considering whether the taxpayer who overpays an instalment acquires a right to receive interest income.

Viewed in context, therefore, the conclusion in *Munich* does not rest upon Rip T.C.J.’s independent assessment of the proprietary character of overpayments. Rather, it derives inferentially from the existence of a statutory refund procedure in s. 164(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 as amended. In the words of Rip T.C.J., “[a]s section 164 makes clear, a refund is not due and payable until a return is filed” (p. 1143). Accordingly, assuming that *Munich* is correctly decided, it is of little assistance to the Director. There is a marked distinction between the existence, and the statutory enforceability, of a proprietary right.

volontairement cession de ses biens. Par conséquent, la question pertinente est de savoir si Marzetti a «acqu[is]» un bien ou si un bien «lui [a été] dévolu . . .» avant sa libération.

Pour analyser cette question, il faut d’abord remarquer que la déclaration d’impôt sur le revenu de Marzetti n’a été produite qu’après sa libération de la faillite. Cela signifie que si Marzetti a acquis un droit de propriété sur le remboursement ou que ce droit lui a été dévolu, l’acquisition ou la dévolution ne peut dépendre de la production de la déclaration d’impôt sur le revenu elle-même. Peut-on dire qu’avant sa libération Marzetti avait un droit de propriété sur son éventuel remboursement d’impôt sur le revenu, même si la déclaration n’a été produite qu’après sa libération?

Ce ne saurait être le cas selon le Directeur qui invoque à l’appui de sa position la décision *Munich Reinsurance Co. (Succursale canadienne) c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1137 (C.C.I.), où le juge Rip de la Cour de l’impôt affirme que «le droit à un remboursement ne naît pas au moment où est fait un paiement en trop à l’égard d’un acompte provisionnel, mais à la date de production de la déclaration» (p. 1143). En faisant cette affirmation, le juge Rip parlait toutefois d’un contribuable ayant «un droit opposable au ministre» (p. 1143, *je souligne*). Il examinait, en particulier, si le contribuable qui paie en trop un acompte provisionnel acquiert le droit de toucher des intérêts créditeurs.

Dans ce contexte, la conclusion de la décision *Munich* n’est pas fondée sur le fait que le juge Rip a assimilé les paiements faits en trop à des biens. Elle découle plutôt, par déduction, de l’existence d’une procédure de remboursement établie au par. 164(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 et ses modifications. Pour reprendre les mots du juge Rip, «[c]omme l’article 164 le dit clairement, un remboursement n’est exigible que lorsqu’une déclaration est produite» (p. 1143). Par conséquent, en présumant que la décision *Munich* est exacte, elle est de peu d’utilité pour le Directeur. Il y a une nette distinction entre l’existence et l’opposabilité, aux termes de la loi, d’un droit de propriété.

Is there, then, a proprietary character to tax overpayments? Not surprisingly, the *Bankruptcy Act* defines the word “property” in very broad terms. In particular, I note that the definition includes “every description of property, whether . . . legal or equitable”, and it specifically mentions “every description of . . . interest . . . present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property”: s. 2. Even if a taxpayer who makes overpayments has no right to compel a refund prior to filing a return, surely that taxpayer has at least a future and contingent interest in the ultimate tax refund.

During oral argument, counsel for the Director was asked whether it might be valid to compare a tax overpayment to a demand promissory note, the suggestion being that each is a form of property, but that neither is enforceable prior to the satisfaction of certain preconditions. In the case of the promissory note, the precondition is the demand. In the case of the tax overpayment, the recognized preconditions relate to the filing of the return: see, e.g., *Munich, supra*, and *Hughes v. The Queen*, 91 D.T.C. 5290 (F.C.T.D.). In my view, the comparison is a good one. The argument of the Director artificially restricts the *Bankruptcy Act* definition of “property”, and it fails to distinguish between accrued legal debts and other, inchoate, forms of property.

On this preliminary issue, therefore, I conclude that the *Bankruptcy Act*’s reference to “property” is broad enough to embrace the facts of this case. More specifically, using the language of s. 67(c), I conclude that Marzetti acquired at least a future and contingent interest in his income tax refund at the time excess overpayments were withheld on his behalf.

2. In specific terms, must a court conclude that both ss. 67(c) and 67(d) of the *Bankruptcy Act* have been satisfied in order to conclude that

Les paiements en trop d’impôt sont-ils alors assimilables à des biens? Comme on peut s’y attendre, la *Loi sur la faillite* définit en termes très généraux le mot «biens». Je remarque, en particulier, que cette définition englobe les «[b]iens de toute nature [. . .] en droit ou en équité», et mentionne expressément «toute espèce [. . .] d’intérêts [. . .] présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s’y rattachant»: art. 2. Même si le contribuable qui effectue les paiements en trop n’a aucun droit d’exiger un remboursement avant la production d’une déclaration, ce contribuable a assurément, à tout le moins, un intérêt futur et éventuel dans le remboursement d’impôt ultime.

Durant les plaidoiries, on a demandé à l’avocat du Directeur si l’on pourrait légitimement comparer un paiement en trop d’impôt à un billet à ordre, en laissant entendre que chacun est une forme de bien mais que ni l’un ni l’autre ne sont exécutoires avant que ne soient remplies certaines conditions préalables. Dans le cas du billet à ordre, la condition préalable est la demande de paiement. Dans le cas du paiement en trop d’impôt, les conditions préalables reconnues se rattachent à la production de la déclaration: voir, par ex., les décisions *Munich*, précitée, et *Hughes c. The Queen*, 91 D.T.C. 5290 (C.F. 1^{re} inst.). À mon avis, la comparaison est valable. Dans son argumentation, le Directeur restreint artificiellement la définition que la *Loi sur la faillite* donne au mot «biens» et il omet d’établir une distinction entre créances nées et d’autres formes imparfaites de biens.

Sur cette question préliminaire, je conclus donc que le terme «biens» employé dans la *Loi sur la faillite* est suffisamment large pour s’appliquer aux faits de l’espèce. Plus précisément, pour reprendre les termes de l’al. 67(c), je conclus que Marzetti a acquis à tout le moins un intérêt éventuel dans son remboursement d’impôt sur le revenu et ce dès le moment où des montants excédentaires ont été retenus pour son compte.

2. Plus précisément, faut-il que le tribunal estime que les al. 67(c) et 67(d) de la *Loi sur la faillite* ont tous deux été respectés pour pouvoir con-

there exists "property of a bankrupt divisible among his creditors" for the purposes of s. 67?

According to Wachowich J., ss. 67(c) and 67(d) ^a of the *Bankruptcy Act* must both be satisfied before a court can conclude that there exists "property of a bankrupt divisible among his creditors". Those two paragraphs provide:

The property of a bankrupt divisible among his creditors . . . shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit. ^d

In other words, like Master Funduk, Wachowich J. concluded that the income tax refund could be considered "property" for the purposes of s. 67(c), such that it was capable of vesting automatically in the Trustee. However, for Wachowich J., s. 67(d) precluded automatic vesting on the facts. He reasoned that, by virtue of s. 67(d), the Trustee could exercise only those powers in respect of the refund which might have been exercised by Marzetti but for the bankruptcy. And, he stated, if the bankruptcy had not occurred, Marzetti could have exercised no power over the refund because of the garnishee instituted by the Director. So while Marzetti had "property" in respect of the refund, there was no "property of a bankrupt divisible among his creditors". The Court of Appeal approved this reasoning, but without analysis.

With respect, Wachowich J. misinterpreted ss. 67(c) and 67(d). In effect, Wachowich J. characterized s. 67(c) as an inclusionary provision, and s. 67(d) as an exclusionary provision. Section 67(c) giveth, and s. 67(d) taketh away. But this interpretation ignores the structure of s. 67 as a whole, since ss. 67(a) and (b) are preceded by the phrase "[t]he property of a bankrupt . . . shall not com-

chure à l'existence de «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers», aux fins de l'art. 67?

Selon le juge Wachowich, les al. 67(c) et 67(d) de la *Loi sur la faillite* doivent tous deux être respectés pour que le tribunal puisse conclure qu'il existe des «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers». Ces deux alinéas disposent:

Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, [. . .] comprennent:

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

En d'autres termes, à l'instar du protonotaire Funduk, le juge Wachowich a conclu que le remboursement d'impôt sur le revenu pouvait être assimilé à un «bien» aux fins de l'al. 67(c), de sorte qu'il pouvait être automatiquement dévolu au syndic. Cependant, l'al. 67(d), selon le juge Wachowich, empêchait la dévolution automatique dans les faits. Selon son raisonnement, l'al. 67(d) faisait que le syndic ne pouvait exercer à l'égard du remboursement que les pouvoirs qui auraient pu être exercés par Marzetti n'eût été la faillite. Le juge a déclaré que, si la faillite n'était pas survenue, Marzetti n'aurait pu exercer aucun pouvoir à l'égard du remboursement à cause de la saisie-arrêt pratiquée par le Directeur. Si donc le remboursement constituait un «bien» de Marzetti, ce bien ne faisait pas partie du «patrimoine attribué [aux] créanciers [du failli]». La Cour d'appel a approuvé ce raisonnement, mais sans l'analyser.

En toute déférence, le juge Wachowich a mal interprété les al. 67(c) et 67(d). Il a considéré l'al. 67(c) comme une disposition d'inclusion et l'al. 67(d) comme une disposition d'exclusion. L'alinéa 67(c) donne et l'al. 67(d) prend. Or, cette interprétation ne tient pas compte de l'économie globale de l'art. 67, puisque les al. 67(a) et b) sont précédés par les mots «[l]es biens d'un failli [. . .] ne com-

prise” (emphasis added), whereas ss. 67(c) and (d) are preceded by the phrase “[t]he property of a bankrupt . . . shall comprise” (emphasis added). If s. 67(d) were intended to limit the scope of s. 67(c), why would it not have been placed with (a) and (b)?

This criticism of Wachowich J.’s interpretation is echoed by L. W. Houlden and C. H. Morawetz in *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. rev. 1992), vol. 1, at p. 3-6, where the authors comment upon Wachowich J.’s trial decision:

... Wachowich J. of the Alberta Court of Queen’s Bench was of the opinion that if property falls within [s. 67(c)], it must also meet the requirements of [s. 67(d)] before the trustee can claim it. With respect, this seems wrong. Section [67(c)] and (d) have always been treated as alternatives.

In other words, because of the statutory structure, it is inappropriate to read paragraphs (c) and (d) restrictively when those paragraphs are intended broadly and inclusively to define the “property of a bankrupt divisible among his creditors”. Surely the better view is to give, at least at this stage of the analysis, a wider effect to these paragraphs so as not to reduce artificially the estate available to creditors. In grammatical terms, the word “and” which appears at the end of the English version of s. 67(c) must, by reason of its context, be read disjunctively. As stated by E. A. Driedger, “[t]he inclusive *or* and the several *and* produce the same result, and it remains for the context to indicate in what sense these two little words are used”: *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 18.

Moreover, I am fortified in this conclusion by the French text of s. 67. Although the parties failed to highlight the point, the word “*et*” does not appear as a conjunction between ss. 67(c) and 67(d). Although the absence of a conjunction in the French version does not make Wachowich J.’s interpretation impossible, it does make the interpretation even less defensible.

prennent pas» (je souligne), alors que les al. 67(c) et 67(d) sont précédés par les mots «[l]es biens d’un failli [...] comprennent (je souligne). Si l’al. 67(d) était censé limiter la portée de l’al. 67(c), pourquoi n’aurait-il pas été placé avec les al. a) et b)?

Cette critique de l’interprétation du juge Wachowich est aussi celle que lui adressent L. W. Houlden et C. H. Morawetz dans *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. rév. 1992), vol. 1, à la p. 3-6, en commentant son jugement:

[TRADUCTION] ... le juge Wachowich de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a émis l’opinion que si le bien tombe sous le coup de [l’al. 67(c)], il doit également remplir les exigences de [l’al. 67(d)] pour que le syndic puisse le réclamer. En toute déférence, cette opinion semble erronée. Les alinéas [67(c)] et 67(d) ont en effet toujours été considérés comme les deux termes d’une alternative.

En d’autres termes, compte tenu de l’économie de la Loi, il n’y a pas lieu d’interpréter restrictivement les al. c) et d) puisqu’ils sont censés définir de façon large et inclusive les «biens d’un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers». Il est assurément préférable, à tout le moins à ce stade de l’analyse, de donner à ces alinéas une portée plus large de manière à ne pas réduire artificiellement le patrimoine attribué aux créanciers. Sur le plan grammatical, le mot «*and*» placé à la fin du texte anglais de l’al. 67(c) a, vu le contexte, un sens disjonctif. Comme l’a dit E. A. Driedger, [TRADUCTION] «[l]e *ou* inclusif et le *et* disjonctif produisent le même résultat, et il faut se reporter au contexte pour découvrir dans quel sens ces deux petits mots sont utilisés»: *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 18.

Cette conclusion est appuyée en outre par le texte français de l’art. 67. Bien que les parties n’aient pas souligné ce point, la conjonction «*et*» n’est pas utilisée entre les al. c) et d) de l’art. 67. Bien que l’absence de conjonction dans le texte français ne rende pas totalement impossible la conclusion du juge Wachowich, elle la rend encore moins défendable.

For these reasons, a bankrupt's interest in a post-bankruptcy income tax refund can be considered "property" for the purposes of s. 67(c) of the *Bankruptcy Act*. Moreover, it can be considered "property of a bankrupt divisible among his creditors" for the purposes of s. 67 as a whole, since s. 67(d) in no way qualifies the operation of s. 67(c). This, then, is my initial conclusion.

In the absence of other considerations, the logical consequence of my initial conclusion would be that Marzetti's interest in his refund vested automatically in his Trustee: see s. 71(2). In this way, the Trustee would have obtained priority over the Director's garnishment: see s. 70(1). However, as I will now proceed to explain, my initial conclusion cannot govern in this case. It is overruled by s. 68.

To assess the importance of s. 68 in this case, I must do two things. First, I must determine whether s. 68 always controls the disposition of a bankrupt's wages. Is s. 68 a substantive provision, that is, one which always removes wages from the scope of s. 67, or does it simply create a procedural device for trustees? Second, if I determine that s. 68 is a complete code in respect of a bankrupt's wages, I must then proceed to consider whether Marzetti's post-bankruptcy income tax refund retained its wages character.

3. Is s. 68 a complete code in respect of a bankrupt's wages?

Prior to the enactment of what is now s. 68, it was clear that the salary, wages, or other remuneration of a bankrupt could sometimes constitute after-acquired "property", and so be considered "property of a bankrupt divisible among his creditors" for the purposes of what is now s. 67. The pre-amendment position was clarified by *Industrial Acceptance Corp.*, *supra*.

In *Industrial Acceptance Corp.*, this Court was asked to explain whether wages or salary could be

Pour ces motifs, l'intérêt que possède le failli dans un remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu peut être considéré comme un «bien» aux fins de l'al. 67c) de la *Loi sur la faillite*. De plus, il peut être considéré comme un des biens «constituant le patrimoine attribué [aux] créanciers [du failli]» aux fins de l'art. 67 dans son ensemble, étant donné que l'al. 67d) ne restreint d'aucune façon l'application de l'al. 67c). Telle est donc ma première conclusion.

En l'absence d'autres considérations, il découlerait logiquement de cette première conclusion que l'intérêt de Marzetti dans le remboursement a été automatiquement dévolu à son syndic: voir le par. 71(2). Ainsi, le syndic aurait acquis priorité sur la saisie-arrêt pratiquée par le Directeur: voir le par. 70(1). Cependant, comme je vais maintenant l'expliquer, ma conclusion initiale ne peut s'appliquer en l'espèce. Elle est en effet écartée par l'art. 68.

Afin d'apprécier l'importance de l'art. 68 en l'espèce, je dois faire deux choses. En premier lieu, je dois décider si l'art. 68 régit en tout temps le salaire du failli. S'agit-il d'une disposition de fond, c'est-à-dire une disposition dont l'effet est d'exclure automatiquement le salaire du champ de l'art. 67, ou s'agit-il d'un simple mécanisme procédural à la disposition du syndic? En second lieu, si je conclus que l'art. 68 constitue un code complet régissant le salaire du failli, je dois alors examiner si le remboursement postfaillite d'impôt de Marzetti a conservé son caractère de salaire.

3. L'article 68 constitue-t-il un code complet pour ce qui est du salaire d'un failli?

Avant l'adoption de ce qui constitue actuellement l'art. 68, il était clair qu'un traitement, un salaire ou autre rémunération d'un failli pouvait parfois constituer un «bien» acquis postérieurement et donc être considéré comme faisant partie du «patrimoine attribué à ses créanciers» aux fins de ce qui est devenu l'art. 67. La situation antérieure à la modification a été clarifiée par l'arrêt *Industrial Acceptance Corp.*, précité.

Dans *Industrial Acceptance Corp.*, notre Cour devait décider si un salaire ou un traitement pou-

excluded from the definition of divisible property by s. 23(ii) (later s. 67(b)) of the *Bankruptcy Act*. According to the respondent bankrupt in *Industrial Acceptance Corp.*, the terms of s. 23(ii) could not operate to exclude wages or salary, inasmuch as wages or salary can “only be reached by a garnishee or attachment procedure” (p. 118). This procedural reality was said to be important because s. 23(ii) excluded from the definition of divisible property only property exempted from “execution or seizure” under provincial law. Estey J. rejected the distinction between garnishment or attachment procedures on the one hand, and procedures by way of execution or seizure on the other hand, in the following terms (at p. 117):

It would appear that Parliament, in adopting the language of s. 23(ii) (particularly when compared with the language of s. 38(2) in the English act) intended that only such portion of the salary as was subject to seizure by legal process under the law of the respective provinces should vest in the trustee. Moreover, the omission of any such provision as that contained in s. 51(2) of the English act, under which, on the application of the trustee, an order might be made against a bankrupt in receipt of a salary to pay the whole or part thereof to the trustee, appears to support the foregoing view.

In modern terms, *Industrial Acceptance Corp.* established that the language of s. 67(b), which removes from “property of a bankrupt divisible among his creditors . . . any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province”, can operate to exclude wages or salary as contemplated by provincial exemptions.

In effect, therefore, the pre-amendment position was this: after taking into account provincial wage and salary exemptions, any remaining wages or salary of a bankrupt was “property of a bankrupt divisible among his creditors”. These excess wages vested automatically in the trustee. And it is clear from *Industrial Acceptance Corp.* that this conclusion was partly driven by the absence of a provision like s. 68, namely, one which permits, “on the application of the trustee, an order . . . against a bankrupt in receipt of a salary to pay the whole or part thereof to the trustee” (p. 117). But what is not clear in *Industrial Acceptance Corp.*, and what

vait être exclu de la définition de biens pouvant être partagés par le sous-al. 23(ii) (devenu l'al. 67b)) de la *Loi sur la faillite*. Selon le failli intimé, le sous-al. 23(ii) ne pouvait avoir pour effet d'exclure le salaire ou le traitement dans la mesure où ceux-ci [TRADUCTION] «ne peuvent être touchés que par une procédure de saisie-arrêt» (p. 118). Cet aspect procédural, soutenait-on, était important parce que le sous-al. 23(ii) n'excluait de la définition des biens pouvant être partagés que les biens exempts «d'exécution ou de saisie» sous le régime des lois provinciales. Le juge Estey rejette cette distinction entre procédures de saisie-arrêt d'une part et procédures par voie d'exécution ou de saisie d'autre part (à la p. 117):

[TRADUCTION] Il semblerait qu'en adoptant le texte du sous-al. 23(ii) (surtout si on le compare au texte du par. 38(2) de la loi anglaise), le législateur ait voulu que seule la portion du traitement saisissable sous le régime des lois des différentes provinces soit dévolue au syndic. De plus, l'omission d'une disposition telle le par. 51(2) de la loi anglaise qui permet qu'à la demande du syndic, une ordonnance soit rendue contre le failli recevant un traitement, lui enjoignant de le verser en totalité ou en partie au syndic, paraît étayer cette façon de voir.

En langage contemporain, *Industrial Acceptance Corp.* a établi que le texte de l'al. 67b), qui exclut des «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers [. . .] les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province», peut avoir l'effet d'exclure le salaire ou le traitement tombant sous le coup d'exemptions provinciales.

La situation antérieure à la modification était donc la suivante: après application des exemptions provinciales relatives aux traitements et salaires, tout traitement ou salaire restant d'un failli faisait partie des «biens [. . .] constituant le patrimoine attribué à ses créanciers». Ce solde était dévolu automatiquement au syndic. Et il ressort clairement de *Industrial Acceptance Corp.* que cette conclusion découlait en partie de l'absence d'une disposition telle l'art. 68, savoir une disposition qui permet qu'«à la demande du syndic, une ordonnance [. . .] contre le failli recevant un traitement, lui enjoignant de le verser en totalité ou en

must be resolved in this appeal, is how the presence of s. 68 alters this pre-existing structure.

Two possibilities present themselves. First, it can be argued that s. 68 is a complete code in respect of a bankrupt's salary, wages, or other remuneration. Under this view, such forms of property cannot be "property of a bankrupt divisible among his creditors" for s. 67. They do not automatically vest in the trustee. The trustee can access them only following a court application as contemplated by s. 68(1). Proponents of this first view characterize the s. 68 amendment as a substantive amendment to the pre-existing structure, in so far as s. 68 leaves no room for the operation of s. 67 in respect of a bankrupt's salary, wages, or other remuneration. The substantive view has judicial support: *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245 (Ont. S.C.); *Re McCullough* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 313 (Ont. S.C.); *Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64 (Ont. S.C.).

The second view, not surprisingly, is that s. 68 is simply a procedural provision. Proponents of this view contend that the pre-amendment position persists, and that wages, salary, and other remuneration can still vest automatically in the trustee as non-exempt property under s. 67(b). To explain s. 68's existence, a procedural purpose is advanced to demonstrate that s. 68 applications can be beneficial from the trustee's perspective. Two variations of the procedural argument can be identified.

The first variation characterizes s. 68 as creating an additional remedy for trustees. It is said that s. 68 permits a trustee to access not only the non-exempt portion of a bankrupt's wages (which vests automatically), but also the otherwise exempt portion, subject to the court's discretion as defined by s. 68. This view is expressed in *Re Beaton* (1979),

partie au syndic» (p. 117). Mais ce qui ne ressort pas clairement de *Industrial Acceptance Corp.* et qu'il faut déterminer en l'espèce, c'est l'incidence de l'art. 68 sur cette structure préexistante.

Il y a deux possibilités. En premier lieu, on peut soutenir que l'art. 68 constitue un code complet régissant le traitement, le salaire ou autre rémunération du failli. Dans cette perspective, ces biens ne peuvent être des «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers» aux fins de l'art. 67. Ils ne sont pas automatiquement dévolus au syndic. Celui-ci ne peut y avoir accès qu'en présentant une demande en ce sens au tribunal, comme le prévoit le par. 68(1). Les tenants de cette première interprétation estiment que l'art. 68 représente une modification de fond de la structure préexistante en ce sens que l'art. 68 écarte totalement l'application de l'art. 67 à l'égard du salaire, du traitement ou autre rémunération du failli. Cette conception selon laquelle il s'agit d'une disposition de fond trouve appui dans la jurisprudence: *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245 (C.S. Ont.); *Re McCullough* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 313 (C.S. Ont.); *Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64 (C.S. Ont.).

Selon la deuxième perspective, l'art. 68 constitue, on l'aura deviné, une simple disposition en matière de procédure. Les tenants de cette interprétation font valoir que la situation antérieure à la modification est maintenue et que les salaires, traitements et autres rémunérations peuvent toujours être dévolus automatiquement au syndic à titre de biens non exemptés suivant l'al. 67b). Pour expliquer l'existence de l'art. 68, on fait valoir l'objectif procédural afin de démontrer que les demandes fondées sur l'art. 68 peuvent être bénéfiques du point de vue du syndic. L'argument comporte deux variantes.

Selon la première variante, l'art. 68 crée pour les syndics un recours additionnel. Ainsi, l'art. 68 permet au syndic d'avoir accès non seulement à la portion non exemptée du salaire du failli (laquelle lui est automatiquement dévolue), mais également à l'autre portion exemptée, sous réserve du pouvoir discrétionnaire réservé au tribunal. C'est l'interpré-

30 C.B.R. (N.S.) 225 (Ont. C.A.), where Arnup J.A. stated (at pp. 227-28):

Section 48 [now s. 68], in my view, adopted and enlarged upon the procedure in the English Act. It gave the trustee an expeditious and convenient means of getting into his hands not only the [non-exempt portion] which by s. 47 [now s. 67] was already the divisible property of the bankrupt . . . but possibly more, if the court saw fit to order a larger portion to be paid to the trustee . . .

The second variation of the procedural argument, which is not inconsistent with the first, emphasizes the convenience of s. 68 over its potential to increase a trustee's access to wages. This view is expressed by Kroft J. in *Re Hoffer* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 222 (Man. Q.B.), at p. 234:

. . . under s. 47 [now s. 67] alone the trustee could not attach the [non-exempt portion] until it fell due. How wages were attached as they became due was a source of considerable confusion, and the approaches across Canada were inconsistent.

Section 48 [now s. 68] appears to have been passed to give trustees a fair and convenient procedure by which they can ask a court to determine the portion of wages which will be available to creditors and to direct the manner of payment.

In addition to *Re Beaton* and *Re Hoffer*, the procedural view was advanced in *Re Kellaway* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 14 (B.C.S.C.), though without explanation.

To proceed, I restate the question: is s. 68 a substantive or procedural provision in respect of a bankrupt's salary, wages, or other remuneration? In my opinion, the case law debate summarized above should be resolved in favour of the substantive view for three reasons. First, that view better accords with the language of s. 68. Second, it permits s. 68 to remedy more effectively the mischief which led to the original amendment. And, third, it has some support in authority from this Court. I

tation exprimée dans l'arrêt *Re Beaton* (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 225 (C.A. Ont.), où le juge Arnup dit (aux pp. 227 et 228):

[TRADUCTION] À mon avis, l'art. 48 [maintenant l'art. 68] a adopté en l'élargissant la procédure prescrite par la loi anglaise. Il donne au syndic un moyen rapide et efficace de se saisir non seulement de la [portion non exemptée] qui, aux termes de l'art. 47 [maintenant l'art. 67] constituait déjà le patrimoine commun du failli [. . .] mais potentiellement d'une portion plus grande, si le tribunal l'estime opportun . . .

La seconde variante, qui n'est d'ailleurs pas incompatible avec la première, met l'accent sur l'utilité de l'art. 68 aux fins de faciliter l'accès du syndic au salaire. C'est l'opinion qu'exprime le juge Kroft dans *Re Hoffer* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 222 (B.R. Man.), à la p. 234:

[TRADUCTION] . . . par la seule application de l'art. 47 [maintenant l'art. 67], le syndic ne pouvait saisir la [portion non exemptée] avant qu'elle ne devienne exigible. Or les modalités entourant la saisie du salaire exigible faisaient l'objet de beaucoup de confusion et il n'y avait pas uniformité au Canada.

L'article 48 [maintenant l'art. 68] paraît avoir été adopté en vue de doter les syndics d'un moyen procédural juste et efficace par lequel ils peuvent demander au tribunal de déterminer la portion du salaire attribuable aux créanciers et de fixer les modalités de paiement.

Outre l'arrêt *Re Beaton* et la décision *Re Hoffer*, la conception selon laquelle il s'agit d'une disposition en matière de procédure a été retenue dans l'affaire *Re Kellaway* (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 14 (C.S.C.-B.), mais sans explication.

Je reformule la question aux fins de l'analyse: l'art. 68 est-il, à l'égard du traitement, salaire ou autre rémunération du failli, une disposition de fond ou une disposition en matière de procédure? À mon avis, le débat jurisprudentiel exposé précédemment doit être tranché en faveur de la conception selon laquelle il s'agit d'une disposition de fond, et ce, pour trois motifs. Premièrement, c'est la conception la plus conforme au texte de l'art. 68. Deuxièmement, elle permet à cet article de mieux réformer la situation à l'origine de la modi-

will now elaborate upon each of these reasons in turn.

The language of s. 68 twice favours the substantive view. These points of support were described by Thorson J.A. dissenting in *Re Beaton, supra*. I can do no better than quote his cogent discussion of each. First, Thorson J.A. considered the implications of the phrase “an order directing the payment to the trustee”, as that phrase is used in s. 68 (then s. 48(1)) of the *Bankruptcy Act*. He stated (at p. 237):

It is not without significance that the only order which s. 48(1) authorizes the court to make is “an order directing the payment to the trustee” of a part of the bankrupt’s earnings. The inference which I draw from this phrasing of language is that it contemplates a payment being made to the trustee to which the trustee would not be entitled in the absence of the order. There is no hint or suggestion anywhere in the subsection that the payment which is to be made is to take the place of, or is to be in addition to, some part of those earnings to which the trustee is in any event already entitled; rather there is the reverse implication that, but for the order, the trustee would have *no* right to be paid whatever part of those earnings he is seeking to have paid to him. [Emphasis in original.]

Second, Thorson J.A. examined the significance of the words “such part of the salary, wages or other remuneration” as they appear in s. 68(1). In the following passage, Thorson J.A. explains how those words favour the substantive view (at pp. 237-38):

Furthermore, I cannot conclude that no significance is to be attached to the language of the legislative condition of s. 48(1), beginning with the words “where a bankrupt is in receipt of, or is entitled to receive, any salary, wages or other remuneration from any person employing, or using the services of, the bankrupt”, when that language is then followed by language authorizing the making of an order directing payment to the trustee of “such part of the salary, wages or other remuneration” (the italics are mine) as the court may determine. If the contention of counsel for the trustee were to be accepted, the only meaning that could be given to the words “such part of the salary, wages or other remuneration”

Et troisièmement, elle s’appuie dans une certaine mesure sur la jurisprudence de notre Cour. Je vais maintenant expliquer chacun de ces motifs.

Le texte de l’art. 68 vient doublement étayer la conception selon laquelle il s’agit d’une disposition de fond. Le juge Thorson, dissident dans l’arrêt *Re Beaton*, précité, ayant bien décrit ces points d’appui, je ne puis faire mieux que de reprendre à ce sujet son analyse convaincante. Le juge Thorson a d’abord examiné l’incidence des mots «une ordonnance portant que soit payée au syndic», utilisés à l’art. 68 (alors le par. 48(1)) de la *Loi sur la faillite*. Il dit (à la p. 237):

[TRADUCTION] Il n’est pas sans intérêt de souligner que la seule ordonnance que le par. 48(1) autorise le tribunal à rendre est «une ordonnance portant que soit payée au syndic» une partie des revenus du failli. L’inférence que je tire de ce libellé est qu’il vise un paiement fait au syndic auquel celui-ci n’aurait pas droit en l’absence d’ordonnance. Rien dans ce paragraphe ne laisse en effet croire ou entendre que le paiement qui doit être fait le sera en lieu de, ou en sus d’une partie de ces revenus à laquelle le syndic a par ailleurs déjà droit; au contraire, l’inférence est inverse, savoir que n’était l’ordonnance, le syndic n’aurait *aucun* droit que lui soit payée une partie, quelle qu’elle soit, des revenus qu’il réclame. [En italique dans l’original.]

En second lieu, le juge Thorson a examiné la portée des mots «la partie du traitement, du salaire ou de la rémunération» figurant au par. 68(1). Dans le passage suivant, le juge Thorson explique en quoi ces mots appuient la conception selon laquelle il s’agit d’une disposition de fond (aux pp. 237 et 238):

[TRADUCTION] De plus, je ne puis conclure qu’aucune importance ne doit être accordée à la formulation de la condition d’application du par. 48(1), laquelle commence par les mots «lorsqu’un failli reçoit ou a droit de recevoir un traitement, un salaire ou une rémunération sous une autre forme d’une personne qui emploie le failli ou utilise ses services», lorsque ces mots sont suivis d’un passage autorisant que soit rendue une ordonnance portant que soit payée au syndic «la partie du traitement, du salaire ou de la rémunération» (je souligne) que peut déterminer le tribunal. Si la prétention de l’avocat du syndic devait être acceptée, le seul sens qui pourrait être attribué aux mots «la partie du traitement,

ation" would be "such part of *the portion of the salary, wages or other remuneration that has not already vested in the trustee*", i.e., the portion that remains after deducting the 30 per cent portion of the bankrupt's wages to which the trustee has already become entitled.

This is equally the result, in my opinion, of the argument of counsel for the Superintendent of Bankruptcy that s. 48 was not intended to, and does not, take away any rights that the trustee might otherwise have to the bankrupt's wages "at least until he has proceeded under s. 48". If he is correct, the only possible starting point of earnings from which a court could proceed to make an order under s. 48 would be from the remaining [otherwise exempt] portion of the bankrupt's earnings. [Emphasis in original.]

I agree with both points made by Thorson J.A. in *Re Beaton, supra*. In my opinion, a plain language interpretation of s. 68(1) favours the view that it is a substantive provision. When s. 68(1) indicates that it applies "[n]otwithstanding section 67", it means that it operates as a complete code in respect of the listed forms of property. Or, as stated by Houlden and Morawetz, *supra*, at p. 3-126: "The opening words 'notwithstanding section [67]' are intended to make it clear that wages, etc., will not come within [s. 67(c)] but will be dealt with by s. 68".

My interpretation of s. 68 is reinforced by my understanding of the mischief which that provision was intended to remedy. As described above, prior to the enactment of s. 68's predecessor, while wages could vest in trustees automatically, provincial law could operate to exempt wages from the definition of "property of a bankrupt divisible among his creditors": *Industrial Acceptance Corp., supra*. The necessary, and problematic, consequence of this statutory structure was that the treatment of a bankrupt's wages for *Bankruptcy Act* purposes varied from province to province: Houlden and Morawetz, *supra*, at p. 3-127.

Parliament no doubt considered it unreasonable for the treatment of bankrupt persons to depend upon the happenstance of provincial residence. Of

du salaire ou de la rémunération» serait «la partie de la portion du traitement, du salaire ou de la rémunération qui n'est pas déjà dévolue au syndic», c.-à-d. la portion qui reste après déduction de la portion de 30 pour 100 du salaire du failli à laquelle le syndic a déjà droit.

Tel est également le résultat auquel conduit, à mon avis, l'argument de l'avocat du surintendant des faillites voulant que l'art. 48 ne visait pas à supprimer et que de fait il ne supprime pas les droits que le syndic aurait pu avoir par ailleurs à l'égard du salaire du failli «à tout le moins jusqu'à ce qu'il ait présenté une demande sous le régime de l'art. 48». Si son argument est bien fondé, le seul revenu possible à l'égard duquel le tribunal pourrait rendre une ordonnance sous le régime de l'art. 48 serait la portion restante [par ailleurs exemptée] du revenu du failli. [En italique dans l'original.]

Je souscris aux deux points exprimés par le juge Thorson dans *Re Beaton*, précité. À mon avis, l'interprétation fondée sur le sens ordinaire du par. 68(1) appuie la conception selon laquelle il s'agit d'une disposition de fond. Lorsque le par. 68(1) indique qu'il s'applique «[n]onobstant l'article 67», cela signifie qu'il constitue un code complet à l'égard des biens qui y sont énumérés. Ou encore, comme l'ont dit Houlden et Morawetz, *op. cit.*, à la p. 3-126: [TRADUCTION] «Les mots introductifs «nonobstant l'article [67]» visent à établir clairement que le salaire, etc., relèvera non pas de [l'al. 67c)], mais bien de l'art. 68».

Mon interprétation de l'art. 68 est renforcée par ma compréhension de la situation que cette disposition visait à réformer. Comme il a été indiqué précédemment, avant l'adoption de l'ancêtre de l'art. 68 alors que les salaires pouvaient être automatiquement dévolus aux syndics, les lois provinciales pouvaient avoir pour effet d'exclure le salaire de la définition de «biens du failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers»: *Industrial Acceptance Corp.*, précité. Il s'ensuivait inéluctablement, et de façon problématique, que le traitement du salaire d'un failli aux fins de la *Loi sur la faillite* différerait d'une province à l'autre: Houlden et Morawetz, *op. cit.*, à la p. 3-127.

Le législateur a sans doute considéré qu'il était déraisonnable que le traitement d'un failli dépende d'une circonstance fortuite, soit la province où il

course, even if one accepts that s. 68 is a complete code in respect of salary, wages, and other remuneration, the potential for uneven treatment across Canada remains in respect of other provincially exempted property. But it is hardly surprising that Parliament selected an important form of property — salary, wages, and other remuneration — and gave that property special treatment. In *Re Beaton*, *supra*, Thorson J.A. made the following statement with which I agree (at p. 235):

It is thus legitimate to speculate that one of Parliament's objectives in enacting s. 48 [now s. 68] was to avoid this potential for unevenness (and its consequent potential unfairness both to bankrupts and to creditors alike) by providing an entirely separate regime for dealing with salary, wages or other remuneration received or entitled to be received by a bankrupt from his employer, which would apply uniformly throughout Canada regardless of differences in provincial laws.

The view I take is, moreover, reflected in Hansard extracts. Then Minister of Justice, the Hon. Louis-Joseph-Lucien Cardin, proposed to amend the *Bankruptcy Act* in the following speech (*House of Commons Debates*, June 16, 1966, at p. 6488):

Other amendments clearly set out a procedure whereby bankrupts may be required to contribute some part of their post-bankruptcy income to the trustee for the benefit of the creditors. The present act would seem to indicate that a contribution may be required but this has been left to the discretion of trustees and the courts with the result that debtors are treated in a most inconsistent manner across the country. [Emphasis added.]

Accepting as I do that s. 68 is intended to remedy province-to-province disparities in the application of the *Bankruptcy Act*, the conclusion necessarily follows that s. 68 is a substantive rather than a procedural modification to the pre-existing scheme. If s. 68 were only intended to give trustees access to funds in excess of the non-exempt portion defined by s. 67(b), then uniformity of provincial application could only be achieved if courts in all provinces made s. 68 orders calculated to

résider. Naturellement, même si on convient que l'art. 68 constitue un code complet régissant les salaire, traitement et autre rémunération, la possibilité d'une diversité de traitements à travers le Canada subsiste quant à d'autres biens exemptés par des lois provinciales. Mais il n'est pas surprenant que le législateur ait choisi une catégorie importante de biens — les salaire, traitement et autre rémunération — pour lui accorder un traitement particulier. Dans *Re Beaton*, précité, le juge Thorson exprime l'opinion suivante à laquelle je souscris (à la p. 235):

[TRADUCTION] Il est donc légitime de croire qu'un des objectifs que visait le législateur en édictant l'art. 48 [maintenant l'art. 68] était d'éviter ce risque de diversité (et donc d'inéquité tant pour les faillis que pour les créanciers) par l'établissement d'un régime totalement distinct relatif au traitement, salaire ou autre rémunération qu'un failli a reçu ou est en droit de recevoir de son employeur, régime susceptible d'application uniforme dans tout le Canada, indépendamment des disparités dans les lois provinciales.

La position que j'adopte est de plus reflétée dans des extraits du Hansard. Le ministre de la Justice d'alors, l'hon. Louis-Joseph-Lucien Cardin, avait proposé de modifier la *Loi sur la faillite* dans le discours suivant (*Débats de la Chambre des communes*, 16 juin 1966, à la p. 6488):

D'autres amendements établissent clairement une procédure en vertu de laquelle les faillis peuvent être obligés de remettre au syndic, au profit des créanciers, une partie des revenus reçus après la faillite. La loi actuelle semblerait indiquer qu'une contribution peut être requise mais elle est laissée à la discrétion des syndics et des tribunaux. Il s'ensuit donc que les débiteurs sont traités très différemment d'une région à l'autre au pays. [Je souligne.]

En présumant comme je le fais que l'art. 68 vise à remédier aux disparités provinciales dans l'application de la *Loi sur la faillite*, il s'ensuit nécessairement que l'art. 68 constitue, par rapport au régime préexistant, une modification de fond et non une modification de procédure. Si l'art. 68 ne visait qu'à donner aux syndics accès à des fonds en sus de la portion non exemptée définie à l'al. 67b), il ne pourrait alors y avoir uniformité d'application dans les provinces que si les tribunaux de toutes

reflect the lowest common denominator of provincial exemption. In my view, however, not only is this outcome anomalous, but it is also probably prevented by the language of s. 68(1) itself, which language compels courts to have "regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt" prior to making s. 68 orders. It is thus reasonable to suppose that uniformity of provincial application was intended to be achieved through the operation of s. 68 as a complete code, whereby courts make orders in respect of a bankrupt's salary, wages, or other remuneration after considering only one standard: the one specified in s. 68 itself.

As a final point of support for the substantive view, I draw attention to the decision of this Court in *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417. In *Vachon*, Beetz J. discussed the rehabilitative purpose of the *Bankruptcy Act*. He did so in terms which suggest this Court's acceptance of the substantive view (at p. 430):

The rehabilitation of the bankrupt is not the result only of his discharge. It begins when he is put into bankruptcy with measures designed to give him the minimum needed for subsistence. These measures are contained in s. 47 [now s. 67] of the *Bankruptcy Act* concerning, *inter alia*, the exemption from execution of certain property, and in s. 48 [now s. 68], regarding the wages of the bankrupt, which applies notwithstanding s. 47 and which empowers the Court to make

an order directing the payment to the trustee of such part of the salary, wages or other remuneration as the court may determine having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt.

The part of the wages paid to creditors does not necessarily correspond to the part which may be attached. It may be more or less "having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt". Houlden and Morawetz, *op. cit.*, vol. 1, write at pp. F-66 and F-69:

Since the enactment of s. 48, wages have been removed from the operation of s. 47 so that no part thereof vests in the trustee to be divided among credi-

les provinces rendaient, sous le régime de l'art. 68, des ordonnances destinées à refléter le plus petit commun dénominateur parmi les exemptions provinciales. À mon avis, cependant, non seulement ce résultat est-il anormal, mais il est aussi probablement impossible compte tenu du texte même du par. 68(1) qui oblige les tribunaux à rendre une ordonnance «eu égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli». Il est donc raisonnable de supposer que c'est par le mécanisme d'un code complet établi par l'art. 68 que l'uniformité d'application dans les provinces devait être atteinte, les tribunaux rendant des ordonnances à l'égard du traitement, du salaire ou autre rémunération du failli en prenant en considération une norme unique, celle qu'établit l'art. 68.

Comme dernier argument à l'appui de la conception selon laquelle il s'agit d'une disposition de fond, j'attire l'attention sur l'arrêt de notre Cour *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417. Dans cet arrêt, le juge Beetz examine l'un des objectifs de la *Loi sur la faillite*, celui de la réhabilitation du failli, en des termes donnant à penser que la Cour souscrit à cette interprétation (à la p. 430):

La réhabilitation du failli ne résulte pas seulement de sa libération. Elle commence dès la mise en faillite par des mesures destinées à ménager au failli un minimum vital. Ces mesures sont prévues à l'art. 47 [maintenant l'art. 67] de la *Loi sur la faillite* relatif, entre autres, à l'insaisissabilité de certains biens, ainsi qu'à l'art. 48 [maintenant l'art. 68], relatif au salaire du failli, qui s'applique nonobstant l'art. 47 et qui habilite le tribunal à

rendre une ordonnance portant que soit payée au syndic la partie du traitement, du salaire ou de la rémunération que peut déterminer le tribunal, compte tenu des charges familiales et de la situation personnelle du failli.

Cette partie du salaire versée aux créanciers ne correspond pas nécessairement à la partie saisissable. Elle peut lui être inférieure ou supérieure, «compte tenu des charges familiales et de la situation personnelle du failli». Aux pages F-66 et F-69 de leur vol. 1, *op. cit.*, Houlden et Morawetz écrivent:

[TRADUCTION] Depuis l'adoption de l'art. 48, l'art. 47 ne s'applique plus aux salaires de manière qu'aucune partie de ceux-ci n'est donnée au syndic

tors unless he makes an application under s. 48 and then only to the extent allowed by the court: *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245, 41 O.R. (2d) 351, 146 D.L.R. (3d) 103 (S.C.).

pour être divisée parmi les créanciers à moins qu'il ne présente une demande en vertu de l'art. 48 et alors seulement dans la mesure que permet le tribunal: *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245, 41 O.R. (2d) 351, 146 D.L.R. (3d) 103 (C.S.)

Applications under s. 48 of the Bankruptcy Act come down not to a question of law, but of fact; that is, whether the bankrupt after being given credit for his reasonable living expenses has excess funds which might be used to pay creditors. [Emphasis added.]

Les demandes présentées en vertu de l'art. 48 de la *Loi sur la faillite* ne se ramènent pas à une question de droit mais à une question de fait; c.-à-d., de savoir si, après qu'on lui a accordé des moyens de subsistance raisonnables, le failli possède des fonds qui peuvent être utilisés pour payer les créanciers. [Je souligne.]

As I read the above quotation, Beetz J. approves of the highlighted passage from Houlden and Morawetz, which passage, in turn, rests upon *Re Giroux*, *supra*. Interestingly, while Houlden and Morawetz reach a more qualified conclusion in the current version of their work, they continue to favour the substantive view. The authors state (*supra*, at p. 3-126): "The position in *Re Giroux* and *Re McCullough* seems more consonant with the amendment that was made to the Act by the addition of s. 68".

Si je comprends bien la citation qui précède, le juge Beetz souscrit au passage souligné tiré de Houlden et Morawetz, lequel passage se fonde à son tour sur la décision *Re Giroux*, précitée. Fait intéressant à souligner, bien que les auteurs nuancent leur conclusion dans la dernière version de leur ouvrage, ils continuent à soutenir la conception selon laquelle il s'agit d'une disposition de fond. Ils s'expriment ainsi (*op. cit.*, à la p. 3-126): [TRADUCTION] «La position adoptée dans les décisions *Re Giroux* et *Re McCullough* semble plus conforme à la modification apportée à la Loi par l'ajout de l'art. 68».

To summarize briefly, it is my opinion that the language of s. 68, the inferred purpose of that provision, and the decision of this Court in *Vachon*, *supra*, all support the conclusion that s. 68 is a substantive provision, one which is intended to operate as a complete code in respect of a bankrupt's salary, wages, or other remuneration. These forms of property cannot fall within s. 67(c) of the *Bankruptcy Act* as a bankrupt's after-acquired "property", and they cannot be considered "property of a bankrupt divisible among his creditors" for the purposes of s. 67. They do not vest in the trustee through the simple operation of law.

En résumé, je suis d'avis que le texte de l'art. 68, l'objet implicite de cette disposition et l'arrêt *Vachon* de notre Cour viennent tous étayer la conclusion que l'art. 68 est une disposition de fond, conçue comme un code complet visant à régir le salaire, le traitement ou autre rémunération du failli. Les biens de cette catégorie ne peuvent tomber sous le coup de l'al. 67c) de la *Loi sur la faillite* à titre de «biens» acquis postérieurement, et ils ne peuvent non plus être considérés comme des «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers» aux fins de l'art. 67. Ces biens ne sont donc pas dévolus au syndic par simple application de la loi.

Finally, for the sake of completeness, I note that this conclusion is not contradicted by Commonwealth authorities cited to this Court. The intervenor the Superintendent of Bankruptcy cited *Re Bertrand*, [1980] 2 N.Z.L.R. 72 (C.A.). In that case, McMullin J. considered a provision which

Enfin, par souci d'exhaustivité, je note que cette conclusion n'est pas contredite par la jurisprudence du Commonwealth citée devant nous. Le surintendant des faillites, intervenant, a invoqué *Re Bertrand*, [1980] 2 N.Z.L.R. 72 (C.A.). Dans cet arrêt, le juge McMullin a examiné une disposition dont

the Superintendent argued is similar to s. 68(1) of the *Bankruptcy Act*, and characterized it as “primarily a machinery provision” (at p. 77). But it is apparent from reading *Re Bertrand* that there is, in fact, no similarity between the two provisions at all. In the New Zealand case, the relevant provision operated “[w]ithout prejudice to any other rights conferred by” the Act in which it was found, and McMullin J. recognized that the provision was, therefore, not “intended to interfere with the pattern of vesting” (p. 77) otherwise apparent in the statute: cf. *Federal Commissioner of Taxation, supra*.

And it is also germane to observe that my reading of s. 68 in no way emasculates the importance of s. 67(b). There are many provincial exemptions from “execution or seizure” which have nothing to do with salary, wages, or other remuneration. See, for example, Houlden and Morawetz, *supra*, at pp. 3-39 *et seq.*, where the authors review provincial exemptions in respect of such things as pension plans (at p. 3-45), real estate and homesteads (at p. 3-45), and tools and chattels used in the bankrupt’s business, profession or calling (at p. 3-47). See also *Canadian Encyclopedic Digest* (Western 3rd ed.) vol. 13, Title 59, at pp. 59-83 *et seq.*, and *Canadian Encyclopedic Digest* (Ontario 3rd ed.) vol. 12, Title 58, at pp. 93 *et seq.*

So I proceed upon the footing that anything called “wages” will not vest automatically in a trustee. But this case, of course, involves not wages *per se*, but rather Marzetti’s post-bankruptcy income tax refund. This means that s. 68’s role as a complete code will only matter if Marzetti’s refund retained, for present purposes, its character as wages.

4. Should a post-bankruptcy income tax refund be considered “wages” for the purposes of s. 68?

Major J.A. held that Marzetti’s refund retained the character of wages to the extent that it repre-

le surintendant allègue la similarité avec le par. 68(1) de la *Loi sur la faillite* et que le juge a qualifié de [TRADUCTION] «disposition de nature essentiellement procédurale» (à la p. 77). Il appert toutefois, à la lecture de cet arrêt, qu’il n’existe, dans les faits, aucune similarité entre les deux dispositions. Dans l’affaire de la Nouvelle-Zélande, la disposition pertinente s’appliquait [TRADUCTION] «[s]ans préjudice des autres droits conférés par» la loi dont elle émanait, et le juge McMullin a convenu que cette disposition n’était donc pas [TRADUCTION] «censée entraver le processus de dévolution» (p. 77) établi par ailleurs dans la loi: voir l’arrêt *Federal Commissioner of Taxation*, précité.

Il convient également de faire observer que mon interprétation de l’art. 68 ne réduit en rien l’importance de l’al. 67b). Il existe en effet, dans les lois provinciales, bon nombre d’exemptions d’«exécution ou de saisie» qui n’ont rien à voir avec les traitement, salaire ou autre rémunération. Voir, par exemple, Houlden et Morawetz, *op. cit.*, aux pp. 3-39 *et suiv.*, où les auteurs passent en revue les exemptions provinciales en matière de régimes de pension (à la p. 3-45), d’immeubles et de propriétés (à la p. 3-45), d’outils et de biens meubles nécessaires à l’exploitation de l’entreprise du failli ou à l’exercice de son métier ou de sa profession (à la p. 3-47). Voir également *Canadian Encyclopedic Digest* (Western 3^e éd.) vol. 13, titre 59, aux pp. 59-83 *et suiv.*, et *Canadian Encyclopedic Digest* (Ontario 3^e éd.) vol. 12, titre 58, aux pp. 93 *et suiv.*

Je pars donc du postulat que tout ce qui s’appelle «salaire» ne sera pas automatiquement dévolu au syndic. Dans la présente affaire, toutefois, ce n’est pas le salaire en soi qui est en cause mais bien le remboursement postfaillite d’impôt sur le revenu de Marzetti. Cela signifie que l’art. 68 ne sera pertinent en tant que code complet que si le remboursement de Marzetti conserve, aux fins de l’espèce, son caractère de salaire.

4. Le remboursement postfaillite d’impôt sur le revenu devrait-il être considéré comme un «salaire» aux fins de l’art. 68?

Le juge Major a estimé que le remboursement de Marzetti conservait son caractère de salaire

sented a return of employer-withholding deductions. The available authority supports his position, with which I agree.

The principal Canadian case is *Re Goulet*,^a *supra*, which raised the precise issue being considered, viz., whether a bankrupt or a trustee was entitled to a tax refund arising from post-bankruptcy wages. Henry J. held (at p. 223):

When the minister returns the fund it then comes into the hands of the taxpayer, in this case the bankrupt, in the form of deferred wages. The fund in question is identified throughout as a deduction from wages earned and never loses its character as wages until it is finally applied by the minister to defray some portion of the tax liability.

Like Master Funduk, I fail to appreciate how *Re Szatmari* (1972), 18 C.B.R. (N.S.) 309 (Ont. S.C.), relied upon by Henry J. in *Re Goulet*, supports the passage quoted above. But *Re Goulet* was followed in *Re Walker* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 319 (Ont. S.C.), and I accept that both cases offer some direct support for the proposition that a tax refund can be characterized as deferred wages for *Bankruptcy Act* purposes.

There is also Commonwealth authority on point. In *Federal Commissioner of Taxation*, *supra*, legislation similar to the *Bankruptcy Act* in all material respects was considered by the Australian High Court. The court held that a tax refund should be considered "a refund of part of the earnings of the bankrupt and money which he is entitled to retain in the absence of an order of the court under s. 101 of the Act [the equivalent of s. 68]" (at p. 316 *per Williams J.*).

In an attempt to suggest that there is also contrary Commonwealth authority, the Trustee again cited *Re Bertrand*, *supra*, to this Court. The attempt must fail. In *Re Bertrand*, the New Zealand bankruptcy legislation considered by the Court of Appeal had no provision comparable to the Canadian s. 68 or the Australian s. 101. For

dans la mesure où il représentait la remise de déductions effectuées par l'employeur. La jurisprudence appuie cette position, à laquelle je souscris.

La principale décision canadienne est *Re Goulet*, précitée, où était précisément soulevée la question à l'étude, savoir qui du failli ou du syndic avait droit à un remboursement d'impôt résultant d'un salaire gagné après la faillite. Le juge Henry conclut (à la p. 223):

[TRADUCTION] Lorsque le ministre fait remise des sommes, il les remet entre les mains du contribuable, en l'occurrence le failli, sous la forme de salaire différé. Les sommes en cause sont toujours considérées comme une déduction du salaire gagné et elles ne perdent leur caractère de salaire que lorsqu'elles sont finalement imputées par le ministre à l'obligation fiscale.

À l'instar du protonotaire Funduk, je ne vois pas en quoi l'arrêt *Re Szatmari* (1972), 18 C.B.R. (N.S.) 309 (C.S. Ont.), que le juge Henry invoque dans *Re Goulet*, appuie le passage précité. La décision *Re Goulet* a toutefois été suivie dans *Re Walker* (1982), 43 C.B.R. (N.S.) 319 (C.S. Ont.), et je conviens que, sous certains aspects, ces deux arrêts appuient directement l'argument selon lequel un remboursement d'impôt peut être considéré comme un salaire différé aux fins de la *Loi sur la faillite*.

Il existe également de la jurisprudence du Commonwealth en ce sens. Dans l'arrêt *Federal Commissioner of Taxation*, précité, la Haute Cour d'Australie a examiné une loi similaire pour l'essentiel à la *Loi sur la faillite*. La cour a conclu qu'un remboursement d'impôt devrait être considéré comme [TRADUCTION] «le remboursement d'une partie des revenus du failli et de l'argent qu'il a droit de retenir en l'absence d'ordonnance rendue en vertu de l'art. 101 de la Loi [l'équivalent de l'art. 68]» (le juge Williams, à la p. 316).

Tenant de faire valoir une jurisprudence contraire dans les pays du Commonwealth, le syndic a de nouveau invoqué devant notre Cour l'arrêt *Re Bertrand*, précité. Cette tentative est vaine. Dans *Re Bertrand*, la loi de Nouvelle-Zélande sur la faillite examinée par la Cour d'appel ne comportait pas de disposition comparable à l'art. 68 de la loi

this reason, the potential characterization of a tax refund as wages or earnings was irrelevant, since, under the common law, wages and earnings, like other forms of property, vest automatically in trustees. The court in *Re Bertrand* explicitly distinguished *Federal Commissioner of Taxation*, *supra*, on this basis (at pp. 77-78).

Finally, the Director cited *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, *supra*, and argued that *obiter* remarks by Pigeon J. in that case support a wages characterization. At issue in *Dauphin* was not a tax refund *per se*, but rather the nature of an employer's deduction, or withholding, in respect of an employee's taxes. Pigeon J. stated (at p. 1191):

It is important to consider the nature of the deduction for income tax. It is not a deduction for the benefit of the employer, it is a withholding for the benefit of the employee because it is to be remitted to the Receiver General of Canada on account of the employee's tax indebtedness. By virtue of other provisions of the *Income Tax Act* if, as happens in a large number of cases, the withholdings exceed the employee's tax liabilities, a refund will be made to the employee by the Department of National Revenue. Therefore, the amount withheld remains a part of the wages, and subs. 153(3) provides that it is "deemed to have been received" by him at the time the payment was made less the deduction. [Emphasis added.]

I am willing to accept that the emphasized line in the above passage supports the Director's position. Certainly, the support is qualified, inasmuch as Pigeon J.'s opinion must be tied to s. 153(3) of the *Income Tax Act*, which states that withholdings are "deemed to have been received" by employees at the time of withholding, but which establishes this result only "for all the purposes of this Act" (emphasis added). But there is an element of support in *Dauphin* nonetheless, since Pigeon J. concludes that "the amount withheld remains a part of the wages" before he discusses s. 153(3).

canadienne ou à l'art. 101 de la loi australienne. Pour ce motif, la possibilité d'assimiler le remboursement d'impôt à un salaire ou à un revenu était sans pertinence puisqu'en common law, les salaires et les revenus, comme d'autres formes de biens, sont automatiquement dévolus aux syndics. La cour, dans *Re Bertrand*, a d'ailleurs établi une distinction explicite sur ce point d'avec l'arrêt *Federal Commissioner of Taxation*, précité, aux pp. 77 et 78.

Enfin, le Directeur a invoqué l'arrêt *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, précité, soutenant que les remarques incidentes qu'y fait le juge Pigeon appuient l'assimilation au salaire. Dans cette affaire, le litige ne portait pas sur un remboursement d'impôt comme tel, mais plutôt sur la nature de la déduction ou de la retenue faite par l'employeur à l'égard des impôts d'un employé. Le juge Pigeon déclare (à la p. 1191):

Il importe d'examiner la nature de la déduction au titre de l'impôt sur le revenu. Ce n'est pas une déduction au profit de l'employeur, c'est une retenue au profit de l'employé, parce qu'elle doit être remise au receveur général du Canada à valoir sur l'impôt dû par l'employé. En vertu d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si, ce qui est fréquent, les retenues excèdent l'obligation fiscale de l'employé, le ministère du Revenu national remboursera l'employé. En conséquence, une somme retenue fait toujours partie du salaire, et le par. 153(3) prévoit qu'elle est «réputée avoir été reçue» par l'employé à la date où le versement a été fait moins la déduction. [Je souligne.]

Je conviens que la phrase soulignée du passage précité appuie la position du Directeur. Cet appui est bien sûr nuancé dans la mesure où l'opinion du juge Pigeon se rattache au par. 153(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lequel dispose que la somme retenue est «réputée avoir été reçue» par les employés à la date de la retenue, mais cela seulement «pour l'application générale de la présente loi» (je souligne). Mais il existe tout de même un point favorable dans l'arrêt *Dauphin* puisque avant d'examiner le par. 153(3), le juge Pigeon conclut que la «somme retenue fait toujours partie du salaire».

Adopting a stance in opposition to these authorities, Master Funduk thought it was not "logical" to view tax refunds as deferred wages. He stated that "the statutory deduction requirement is just an enforcement process to ensure that the employee makes payments on account of his tax liability" (p. 120). I agree with Master Funduk that withholding provisions are designed to ensure that employees pay taxes, but, with respect, I fail to see how this advances his position. If an excess of wages is withheld, that excess does not fulfil the enforcement purpose. Accordingly, its character is not informed by that purpose.

In my opinion, the transformation of Marzetti's wages over time does not alter their fundamental character. Marzetti earned a certain amount as wages after his voluntary assignment into bankruptcy. The fact that some portion of his wages was, by virtue of statute, automatically directed toward his tax liability does not affect the question. The intervention of statute speaks to how Marzetti spent his wages, not to how much he earned in the first place. In common parlance, taxpayers do not draw false distinctions between the wages they earn and the refunds they receive. As stated by Fullagar J. in *Federal Commissioner of Taxation, supra*, "[h]is right to payment arises because, and only because, he worked for a remuneration which is found, on a contingency which was contemplated throughout, not to have been paid to him in full" (p. 322).

Therefore, Major J.A. was, I suggest, entirely justified in concluding that a tax refund is analytically similar to deferred wages in this case. He noted that "[i]f there is any money that can be easily traced in a modern society, it is the amount of taxes paid and the amount of taxes owed" (p. 133). It is difficult to dispute this statement, and I reject the Superintendent of Bankruptcy's suggestion that a wages characterization is precluded by the commingling of withheld sums in the Consolidated Revenue Fund. Equally, I agree with Major J.A. that there is no necessary inconsistency between

Adoptant une position contraire à cette jurisprudence, le protonotaire Funduk a estimé qu'il n'était pas «logique» d'assimiler le remboursement d'impôt à un salaire différé. Selon lui, [TRADUCTION] «la déduction obligatoire n'est qu'un moyen d'exécution visant à assurer que l'employé effectue les paiements au titre de son impôt à payer» (p. 120). Certes, je conviens avec le protonotaire Funduk que les dispositions imposant les retenues visent à faire en sorte que les employés paient des impôts mais, en toute déférence, je ne vois pas en quoi cela vient étayer son point de vue. S'il y a une retenue excédentaire du salaire, cet excédent ne participe pas à l'atteinte de l'objet visé. En conséquence, sa nature n'est pas déterminée par cet objet.

À mon avis, la transformation qu'a subie le salaire de Marzetti dans le temps n'en modifie pas le caractère fondamental. Marzetti a gagné une certaine somme à titre de salaire après avoir fait volontairement cession de ses biens. Le fait qu'une certaine partie de son salaire était, en vertu de la loi, automatiquement imputée à son obligation fiscale ne change rien à la question. La loi vise la façon dont Marzetti a dépensé son salaire, non le montant gagné au départ. Dans la langue courante, les contribuables n'établissent pas de fausses distinctions entre le salaire qu'ils gagnent et le remboursement qu'ils reçoivent. Comme l'a dit le juge Fullagar dans *Federal Commissioner of Taxation, précité*, [TRADUCTION] «[s]on droit au paiement résulte du fait, et seulement du fait, qu'il a travaillé pour une rémunération, laquelle s'avère, en raison d'une éventualité prévue à l'origine, ne pas lui avoir été payée en entier» (p. 322).

Le juge Major de la Cour d'appel était donc, à mon sens, tout à fait justifié de conclure qu'un remboursement d'impôt est, sur le plan analytique, similaire en l'espèce à un salaire différé. Il a souligné que [TRADUCTION] «[s]'il est de l'argent dont on peut facilement retrouver la trace dans le monde d'aujourd'hui, c'est l'impôt payé et l'impôt exigible» (p. 133). Il est difficile de réfuter cet énoncé, et je rejette l'argument du surintendant des faillites selon lequel l'intégration des sommes retenues dans le Trésor leur fait perdre leur caractère de salaire. De même, je suis d'accord avec le juge

holding that a tax refund is a debt owed by the Crown, and holding that a tax refund represents deferred wages originally owed by an employer. Again, as stated by Fullagar J. in *Federal Commissioner of Taxation, supra*, "to say that payment of the sum . . . will be a repayment of income tax overpaid is not inconsistent with saying that that sum represents personal earnings of the bankrupt for the purposes of the *Bankruptcy Act*" (p. 321).

Furthermore, like Major J.A., I note that there is no doubt in this case that the post-bankruptcy income tax refund derived from Marzetti's wages. Of course, tax refunds can be generated by other sources of income. In the words of Major J.A., therefore, the wages characterization "depends on the nature of the refund" (p. 135).

The only problems with the characterization of an income tax refund as deferred wages for the purposes of s. 68 of the *Bankruptcy Act* are structural ones which relate to the trustee's ability to make applications, and the court's ability to make orders. The former problem causes me little concern. It is said that s. 68(1) of the *Bankruptcy Act* permits a trustee to make an application only "if directed by the inspectors or the creditors", and that the trustee's inability to act independently is a reason to reject the wages characterization. But this aspect of s. 68(1) is an inherent flaw, and it equally affects the trustee's ability to access a bankrupt's salary, wages, and other remuneration *per se*. The flaw does not become more serious simply because the definition of "wages" is expanded. Moreover, the flaw has now been corrected such that s. 68(1) permits applications "on the trustee's own initiative": see S.C. 1992, c. 27, s. 34(1).

A bigger problem exists with respect to the making of s. 68(2) orders. Such orders can be directed only toward "the bankrupt and his employer", and not, for example, against third-party revenue authorities. Although s. 68(2) has also been

Major qu'il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre soutenir qu'un remboursement d'impôt est une créance sur Sa Majesté, et soutenir qu'un remboursement d'impôt représente un salaire différé qui était à l'origine exigible de l'employeur. Encore là, comme l'a dit le juge Fullagar dans *Federal Commissioner of Taxation*, précité, [TRADUCTION] «dire que le paiement de la somme [. . .] sera la restitution de l'impôt trop payé n'est pas incompatible avec le fait de dire que cette somme représente un revenu personnel du failli aux fins de la *Loi sur la faillite*» (p. 321).

J'ajoute, à l'instar du juge Major, qu'il ne fait aucun doute en l'espèce que le remboursement postfaillite d'impôt provenait du salaire de Marzetti. Naturellement, les remboursements d'impôt peuvent résulter d'autres sources de revenu. Par conséquent, pour reprendre les termes du juge Major, l'assimilation au salaire [TRADUCTION] «dépend de la nature du remboursement» (p. 135).

Les seuls problèmes que pose l'assimilation du remboursement d'impôt sur le revenu à un salaire différé aux fins de l'art. 68 de la *Loi sur la faillite* sont d'ordre structurel, savoir l'habilité du syndic à présenter des demandes, et l'habilité du tribunal à rendre des ordonnances. Le premier problème me préoccupe peu. On a dit que le par. 68(1) de la *Loi sur la faillite* ne permet au syndic de présenter une demande que «s'il en est requis par les inspecteurs ou les créanciers», et que son inhabilité à agir unilatéralement est un motif de refuser l'assimilation au salaire. Cependant, cet aspect du par. 68(1) constitue manifestement une lacune, qui affecte également l'habilité du syndic à avoir accès en soi au traitement, salaire et autre rémunération du failli. L'extension de la définition du terme «salaire» n'aggrave pas cette lacune, laquelle est d'ailleurs maintenant corrigée puisque le par. 68(1) permet dorénavant au syndic de présenter une demande «d'office»: voir L.C. 1992, ch. 27, par. 34(1).

Les ordonnances rendues en vertu du par. 68(2) posent un problème plus important. Ces ordonnances ne peuvent être adressées qu'«au failli et à son employeur» et non, par exemple, aux autorités fiscales à titre de tierce partie. Bien que le par.

amended by S.C. 1992, c. 27, s. 34(1), the amendment does not seem to resolve this problem.

Like Major J.A. at the Court of Appeal, I am content to state that any deficiency in s. 68(2) cannot affect the conclusion that an income tax refund retains its character as wages. Major J.A. stated (at p. 135):

... the master opined that even if the refund could be characterized as "wages," s. 68 does not contemplate an order against the Crown. Therefore, he concluded, the refund could not possibly be wages under the *Bankruptcy Act*. With respect, that is irrelevant. The trustee has not nor is not seeking an order under s. 68. The difficulties, if any, in the wording of s. 68 cannot change the characterization of employer withholdings returned in the form of a tax refund as "wages." That may be a problem for Parliament but not in this appeal.

Although it would be preferable, from a trustee's point of view, to obtain an order directly against the Crown in respect of an income tax refund, the deficiency in s. 68(2) does not entirely remove refunds from a trustee's grasp. Orders can still be obtained as against bankrupt persons and employers under s. 68(2). Of course, in the circumstances of an income tax refund, service of a s. 68(2) order upon the employer would be meaningless. In this respect, I note that s. 68(4) of the *Bankruptcy Act* permits trustees to withhold service of the s. 68(2) order where the trustee regards same as "inexpedient". Thus, the trustee can effectively obtain a s. 68(2) order as against the bankrupt person alone, and although such an order is not ideal, it does provide the trustee with the necessary legal entitlement to the refund.

My opinion is, furthermore, fortified by public policy considerations. Although the absence of language in s. 68(2) permitting an order to be

68(2) ait également été modifié par L.C. 1992, ch. 27, par. 34(1), la modification ne semble pas résoudre ce problème.

Comme le juge Major de la Cour d'appel, il me suffit de dire qu'une déficience au par. 68(2) ne saurait affecter la conclusion qu'un remboursement d'impôt sur le revenu conserve son caractère de salaire. Le juge Major s'exprime ainsi (à la p. 135):

[TRADUCTION] ... le protonotaire s'est dit d'avis que, même si le remboursement pouvait être qualifié de «salaire», l'art. 68 ne prévoit pas la possibilité d'une ordonnance contre Sa Majesté. En conséquence, a-t-il conclu, le remboursement ne saurait constituer un salaire aux fins de la *Loi sur la faillite*. En toute déférence, cela n'est pas pertinent. Le syndic ne demande ni n'a demandé que soit rendue une ordonnance en vertu de l'art. 68. Les difficultés que peut soulever la rédaction de l'art. 68 ne sauraient empêcher que soient qualifiées de «salaire» les retenues de l'employeur restituées sous la forme d'un remboursement d'impôt. Si problème il y a, c'est celui du législateur et non celui du présent appel.

Même s'il serait préférable, du point de vue du syndic, d'obtenir, à l'égard d'un remboursement d'impôt sur le revenu, une ordonnance visant directement Sa Majesté, la déficience que comporte le par. 68(2) n'a pas pour effet de soustraire complètement les remboursements à l'emprise du syndic. Il est en effet toujours possible d'obtenir une ordonnance contre les faillis et les employeurs en vertu du par. 68(2). Évidemment, dans le cas d'un remboursement d'impôt sur le revenu, la signification à l'employeur d'une ordonnance fondée sur le par. 68(2) serait inutile. À cet égard, je note que le par. 68(4) de la *Loi sur la faillite* permet au syndic de ne pas signifier l'ordonnance lorsque cela lui apparaît «inopportun». Ainsi, le syndic peut effectivement obtenir une ordonnance fondée sur le par. 68(2) contre la seule personne du failli, et bien que cette solution ne soit pas idéale, elle lui confère légalement le droit au remboursement.

Mon opinion est de plus renforcée par des considérations d'intérêt public. Bien que le silence du par. 68(2) quant à la possibilité qu'une ordonnance

made against the Crown weighs in favour of the Trustee in this case, when family needs are at issue, I prefer to err on the side of caution. In s. 68 of the *Bankruptcy Act*, Parliament has indicated that, before wages become divisible among creditors, it is appropriate to have “regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt”. This demonstrates, to my mind, an overriding concern for the support of families.

Furthermore, the discretion given to courts by s. 68 is amplified by the discretion which is necessarily left in the trustee, creditors, and inspectors. As stated by Houlden and Morawetz: “It is unlikely that the trustee would make, or that the inspectors or creditors would authorize, [a s. 68] application, unless the earnings of the bankrupt were in excess of what was needed for the adequate maintenance of the bankrupt and of his family” (*supra*, at p. 3-127). Since these kinds of discretion are better able to respond to the costs of raising families, I favour a purposive interpretation of the word “wages” in s. 68, notwithstanding difficulties associated with s. 68(2).

Moreover, there are related public policy goals to consider. As recently recognized by L’Heureux-Dubé J. in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, “there is no doubt that divorce and its economic effects” (p. 854) are playing a role in the “feminization of poverty” (p. 853). A statutory interpretation which might help defeat this role is to be preferred over one which does not.

To summarize briefly, s. 68 governs in this case as a complete code. Marzetti’s post-bankruptcy income tax refund retained its character as wages for the purposes of s. 68. The Trustee could access that refund only through a s. 68 application. None was made.

Accordingly, the contest in this case narrows, and priority will be accorded in respect of one of two happenings: first, the execution of the Agree-

soit rendue contre Sa Majesté penche en faveur du syndic en l’espèce, je préfère, lorsque des besoins familiaux sont en cause, pécher par excès de prudence. À l’art. 68 de la *Loi sur la faillite*, le législateur a indiqué qu’avant que le salaire soit attribué aux créanciers, il convenait d’avoir «égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli». À mon sens, cela traduit une préoccupation prépondérante pour le soutien des familles.

Qui plus est, le pouvoir discrétionnaire que l’art. 68 confère aux tribunaux est renforcé par le pouvoir discrétionnaire forcément laissé au syndic, aux créanciers et aux inspecteurs. Comme l’ont dit Houlden et Morawetz: [TRADUCTION] «Il est peu probable que le syndic présente, ou encore que les inspecteurs ou les créanciers l’autorisent à présenter, une demande [fondée sur l’art. 68], à moins que le revenu du failli excède ce qui est nécessaire pour l’entretien suffisant du failli et de sa famille» (*op. cit.*, à la p. 3-127). Étant donné que ce type de pouvoirs discrétionnaires permet de mieux répondre aux coûts inhérents à l’entretien d’une famille, je suis en faveur d’une interprétation du mot «salaire» à l’art. 68 qui soit fondée sur son objet, nonobstant les difficultés que soulève le par. 68(2).

Il faut aussi prendre en considération des objectifs connexes d’ordre public. Comme l’a reconnu récemment le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, «[i]l n’y a pas de doute [...] que le divorce et ses répercussions économiques» (p. 854) jouent un rôle dans la «féminisation de la pauvreté» (p. 853). Une interprétation de la loi susceptible de contribuer à faire disparaître ce rôle est préférable à une interprétation qui ne l’est pas.

Disons, en résumé, que l’art. 68 constitue un code complet en soi en l’espèce. Le remboursement postfaillite d’impôt de Marzetti a conservé son caractère de salaire aux fins de cet article. Le syndic ne pouvait donc y avoir accès qu’en présentant une demande sous le régime de l’art. 68. Il ne l’a pas fait.

En conséquence, le litige en l’espèce se restreint, et l’ordre de priorité sera établi en fonction de l’un des deux événements suivants: première-

ment Letter; second, the Director's garnishment. Since the Agreement Letter came first in time, if it is effective, it will prevail over the garnishment because the latter could have taken effect only once statutory requirements were satisfied: *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act*, s. 28. And so I turn to the final issue, and ask whether the Agreement Letter created an enforceable assignment.

B. Did the Agreement Letter Create a Valid Assignment?

The parties debated the effectiveness of the Agreement Letter under several heads, most of which I will not examine. They disagreed as to whether the Director's garnishee, in substance, created an equitable assignment, such that the priority contest might truly involve two equitable assignees. And, leaving aside other statutory considerations, they fundamentally disagreed as to whether the Agreement Letter could have created an effective assignment. This latter disagreement involved component disputes. Does the Letter demonstrate an intention to assign, or does it merely direct a Crown payment? Is the characterization of the assigned interest as future property significant? And, is it necessary to find consideration to support the Agreement Letter?

In my opinion, these points of contention do not require resolution in this appeal, inasmuch as the Agreement Letter is rendered ineffective by s. 67 of the *Financial Administration Act*. Section 67 provides, in part, that "[e]xcept as provided in this Act or any other Act of Parliament . . . a Crown debt is not assignable". The expression "Crown debt" is defined in s. 66 to include not only existing debts, but also future debts "due or becoming due". Marzetti did not obtain an accrued legal debt in respect of his post-bankruptcy income tax refund until his income tax return was filed, as I have already mentioned. But his interest in that

ment, la signature du protocole d'entente; deuxièmement, la saisie-arrêt pratiquée par le Directeur. Étant donné l'antériorité du protocole d'entente, il prévaudra, s'il est valide, sur la saisie-arrêt puisque cette dernière n'a pu prendre effet qu'une fois remplies les exigences de la loi: *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, art. 28. J'en viens donc à la question finale, savoir si le protocole d'entente a créé une cession opposable.

B. Le protocole d'entente a-t-il créé une cession valide?

Les parties ont débattu de la validité du protocole d'entente sous divers rapports, que je n'examinerai pas pour la plupart. Elles divergent d'opinions quant à savoir si, en substance, la saisie-arrêt pratiquée par le Directeur a créé une cession en *equity*, de sorte que la contestation de l'ordre de priorité puisse véritablement mettre en cause deux cessionnaires en *equity*. Et, mis à part d'autres considérations fondées sur la loi, elles diffèrent fondamentalement d'avis quant à savoir si le protocole d'entente a pu créer une cession valide. Ce dernier désaccord comporte plusieurs aspects. Le protocole traduit-il l'intention de céder une créance sur Sa Majesté, ou a-t-il simplement pour effet d'en diriger le paiement? Le fait de qualifier l'intérêt cédé de bien futur est-il important? Et le protocole d'entente doit-il être fondé sur une contrepartie?

À mon avis, il n'y a pas lieu de résoudre ces points de désaccord dans le présent pourvoi, dans la mesure où le protocole d'entente est rendu inopérant par l'art. 67 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Cet article prévoit notamment que «[s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale [. . .] les créances sur Sa Majesté sont incessibles». Selon la définition de l'art. 66, l'expression «créances sur Sa Majesté» s'entend non seulement des créances existantes, mais également des créances futures «échue[s] ou à échoir». Comme je l'ai déjà indiqué, Marzetti n'a acquis une créance légale relativement à son remboursement postfaillite d'impôt qu'à la date de la production de sa déclaration d'impôt sur le revenu. Mais son intérêt dans

return can legitimately be described as an interest in a future Crown debt becoming due.

This Crown-debt characterization means that the *Financial Administration Act* operates to prohibit assignment of an income tax refund, due or becoming due from the Crown, unless assignment is permitted by that Act or another "Act of Parliament". There is no question that the *Financial Administration Act* fails to permit such assignment, and no express authorization appears in any other federal statute.

In this context, I pause to note s. 2(2) of the *Tax Rebate Discounting Act*, R.S.C., 1985, c. T-3. That section permits a person to "acquire . . . a right to a refund of tax . . . notwithstanding that, by virtue of section 67 of the *Financial Administration Act* . . . the refund of tax is not assignable". This provision effectively illustrates a simple point: when Parliament means to make income tax refunds assignable, it can do so easily and with clarity.

The only effort made in this appeal to find statutory authorization for the Agreement Letter involved s. 158 of the *Bankruptcy Act*, but that effort must go unrewarded. Under s. 158(l), bankrupt persons are obliged to execute specified documents "as may be required", but this obligation says nothing about the independent validity of such documents in the face of a statutory proscription. Likewise, under s. 158(o), a bankrupt may be obliged to do "all such acts and things in relation to his property . . . as may be reasonably required by the trustee", but it cannot be said that a trustee can "reasonably require" that which Parliament expressly prohibits.

In ss. 67 and 68 of the *Bankruptcy Act*, Parliament has established a regime which determines whether there exists "property of a bankrupt divisible among his creditors". In my opinion, it would be very odd if trustees could attain that which

ce remboursement peut légitimement être qualifié d'intérêt dans une créance future à échoir sur Sa Majesté.

Cette assimilation à une créance sur Sa Majesté signifie que la *Loi sur la gestion des finances publiques* a pour effet d'interdire la cession d'un remboursement d'impôt sur le revenu échu ou à échoir, à moins que cette cession ne soit permise par cette loi ou toute autre «loi fédérale». Or, il est certain que la *Loi sur la gestion des finances publiques* ne permet pas une telle cession, et aucune autre loi fédérale ne contient d'autorisation expresse à cet égard.

Dans ce contexte, je souligne en passant le par. 2(2) de la *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-3. Aux termes de ce paragraphe, «une personne acquiert le droit à un remboursement d'impôt [. . .] nonobstant le fait qu'en vertu de l'article 67 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [. . .] le remboursement d'impôt n'est pas cessible». Cette disposition illustre fort bien un point simple: lorsque le législateur entend rendre cessibles les remboursements d'impôt sur le revenu, il peut le faire facilement et clairement.

La seule tentative qu'on ait faite dans ce pourvoi pour trouver un fondement législatif au protocole d'entente concerne l'art. 158 de la *Loi sur la faillite*, mais cette tentative doit être rejetée. Aux termes de l'al. 158(l), le failli doit exécuter les documents indiqués «qu'il peut être requis d'exécuter», mais cette obligation ne nous renseigne pas quant à la validité de tels documents au regard d'une interdiction décrétée par la loi. De même, aux termes de l'al. 158(o), le failli peut être tenu d'accomplir «au sujet de ses biens [. . .] tous actes et toutes choses que le syndic peut raisonnablement lui demander de faire»; or, on ne peut dire que le syndic peut «raisonnablement demander» ce que le législateur interdit expressément.

Aux articles 67 et 68 de la *Loi sur la faillite*, le législateur a établi un régime visant à déterminer s'il existe des «biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers». À mon avis, il serait fort étrange que des syndics puissent avoir

appears to be unattainable on the face of those provisions, namely, an entitlement to an income tax refund without the need for a court application. In other words, I do not believe that a trustee and a bankrupt can use contract law to circumvent statutory law in this area.

In the absence of clear statutory authority to permit the assignment envisioned by the Agreement Letter, s. 67(a) of the *Financial Administration Act* takes hold and renders that Crown debt not assignable. Moreover, the grip of s. 67(a) is not loosened by *Re Northward, supra*, which was cited by the Trustee.

In *Re Northward*, an airline company purported to assign its book debts to a bank. The company later declared bankruptcy at a time when the federal Crown was the company's debtor. The bank claimed the value of the Crown debt as assignee, but the trustee relied upon the *Financial Administration Act*. MacDonald J. in *Re Northward* responded to these facts by holding that the rules of equity continued to apply as between the assignor and the assignee, notwithstanding the *Financial Administration Act*. MacDonald J. reasoned that the company as assignor would hold monies received from the Crown in trust for the bank, and that trust monies, under the equivalent of s. 67(a) of the *Bankruptcy Act*, would not constitute property of the bankrupt which could vest in the trustee.

With respect, I think that *Re Northward* is wrongly decided. MacDonald J. stated that the *Financial Administration Act* "does not abrogate the rights of parties except to the extent of exercising rights or remedies in respect of the Crown debt" (p. 140). In other words, MacDonald J. held that an assignment will be invalid only to the extent that an assignee attempts to exercise "rights or remedies" directly against the Crown debtor. But this holding ignores the broad language chosen by Parliament in s. 67(b).

accès à ce qui paraît inaccessible au regard de ces dispositions, savoir le droit à un remboursement d'impôt sur le revenu sans qu'il soit besoin de présenter une demande au tribunal. En d'autres termes, je ne crois pas qu'un syndic et un failli puissent se servir du droit des contrats pour contourner le droit législatif en la matière.

Faute de fondement législatif clair à la cession envisagée dans le protocole d'entente, l'al. 67a) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* prévaut et rend inaccessibles cette créance sur Sa Majesté. De plus, la force de l'al. 67a) n'est pas atténuée par la décision *Re Northward*, précitée, que cite le syndic.

Dans *Re Northward*, une compagnie aérienne était censée céder ses comptes clients à une banque. La compagnie a par la suite déclaré faillite à un moment où elle était créancière de la Couronne fédérale. À titre de cessionnaire, la banque a réclamé la valeur de la créance sur Sa Majesté mais le syndic a invoqué la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Le juge MacDonald a conclu que, d'après les faits, les règles d'*equity* continuaient de s'appliquer entre le cédant et le cessionnaire, nonobstant la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Suivant son raisonnement, la compagnie, à titre de cédante, détiendrait les fonds reçus de Sa Majesté en fiducie pour la banque, et ces fonds en fiducie, aux termes d'une disposition équivalente à l'al. 67a) de la *Loi sur la faillite*, ne constitueraient donc pas un bien du failli pouvant être dévolu au syndic.

En toute déférence, j'estime que la décision *Re Northward* est mal fondée. Le juge MacDonald y dit que la *Loi sur la gestion des finances publiques* [TRADUCTION] «n'abroge pas les droits des parties, sauf quant à l'exercice de droits ou de recours à l'égard des créances sur Sa Majesté» (p. 140). En d'autres termes, le juge MacDonald a conclu qu'une cession ne sera invalide que dans la mesure où le cessionnaire tente d'exercer des droits ou des recours directement contre Sa Majesté débitrice. Or cette conclusion ne tient pas compte de la formulation large qu'a choisi d'employer le législateur à l'al. 67b).

MacDonald J. in *Re Northward* interpreted s. 67(b) as if Parliament enacted a prohibition against attempts to assign to “any person any rights or remedies against the Crown as debtor in respect of [the Crown] debt”. But, of course, s. 67(b) renders ineffective attempts to assign to “any person any rights or remedies in respect of [the Crown] debt” (emphasis added). I do not think it is possible to go behind this broad language as *Re Northward* suggests. Moreover, since s. 67(a) prohibits the assignment of a Crown debt, that prohibition alone would presumably give the Crown the same protection as would s. 67(b) under the *Re Northward* interpretation. In my view, s. 67(b) amplifies the broad prohibition apparent in s. 67(a), so that a purported assignment of a Crown debt is rendered absolutely ineffective, as between debtor and creditor, and as between assignor and assignee.

For these reasons, I conclude that the Agreement Letter executed by Marzetti was statutorily incapable of creating an effective assignment. Priority in respect of the post-bankruptcy income tax refund remains unaffected by that instrument, and falls to be determined according to the principles I have already described.

VI. Conclusion and Disposition

Under s. 24 of the *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act*, the Crown may be garnished in respect of “garnishable moneys”. By virtue of s. 23 of that Act, read in conjunction with s. 3(a) of the *Family Support Orders and Agreements Garnishment Regulations*, SOR/88-181, an income tax refund constitutes “garnishable moneys”. Accordingly, the Director was properly able to file the Notice of Continuing Attachment as against the Crown to recover Marzetti’s income tax refund, and thus to instigate the process which led to the garnishee summons.

Dans la décision *Re Northward*, le juge MacDonald a interprété l’al. 67b) comme si le législateur avait décrété une prohibition contre toute tentative de céder [TRADUCTION] «à quiconque un droit ou un recours contre Sa Majesté à titre de débitrice à l’égard d’une créance [sur Sa Majesté]». Mais, à l’évidence, l’al. 67b) rend inopérante toute tentative de céder «à quiconque un droit ou un recours à [l’]égard [des créances sur Sa Majesté]» (je souligne). Je ne crois pas qu’il soit possible de passer outre à des termes aussi larges, comme le suggère la décision *Re Northward*. De plus, étant donné que l’al. 67a) prohibe la cession de créances sur Sa Majesté, il est à présumer que cette prohibition donnerait à elle seule à Sa Majesté la même protection que l’al. 67b), suivant l’interprétation de la décision *Re Northward*. À mon avis, l’al. 67b) renforce la large prohibition manifeste de l’al. 67a), de sorte qu’une prétendue cession de créances sur Sa Majesté est rendue totalement inopérante entre le débiteur et le créancier, tout comme entre le cédant et le cessionnaire.

Pour ces motifs, je conclus que le protocole d’entente signé par Marzetti ne pouvait, aux termes de la loi, créer une cession valide. L’ordre de priorité à l’égard du remboursement postfaillite d’impôt n’est donc pas modifié par cet instrument et doit être déterminé suivant les principes que j’ai exposés précédemment.

g VI. Conclusion et dispositif

Aux termes de l’art. 24 de la *Loi d’aide à l’exécution des ordonnances et des ententes familiales*, il peut être procédé à la saisie-arrêt entre les mains de Sa Majesté de «sommes saisissables». Suivant l’art. 23 de cette loi, conjugué avec l’al. 3a) du *Règlement sur la saisie-arrêt pour l’exécution d’ordonnances et d’ententes alimentaires*, DORS/88-181, un remboursement d’impôt sur le revenu constitue une «somme[...] saisissable...». Par conséquent, le Directeur était habile à déposer un avis de saisie-arrêt continue contre Sa Majesté aux fins de recouvrer le remboursement d’impôt sur le revenu de Marzetti et d’ainsi enclencher le processus qui a mené au bref de saisie-arrêt.

In conclusion, by taking steps to garnish the income tax refund, the Director necessarily obtained priority in this case. That is because the refund did not automatically vest in the Trustee. It could have been accessed by the Trustee only through an application under s. 68 of the *Bankruptcy Act*. However, since no application was made prior to the garnishment — indeed, since no application was ever made — the Director's claim to priority is effectively unchallenged.

I would dismiss the appeal. By agreement among the parties, there will be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Cruickshank Karvellas, Edmonton.

Solicitor for the respondent the Director of Maintenance Enforcement: Jeannette W. Fedorak, Edmonton.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: Ingrid C. Hutton and Robert Moen, Edmonton.

Solicitors for the intervener: Barr, Wensel, Nesbitt & Reeson, Edmonton.

En conclusion, en prenant des mesures aux fins de procéder à la saisie-arrêt du remboursement d'impôt sur le revenu, le Directeur a forcément obtenu priorité en l'espèce. Il en est ainsi parce que le remboursement n'a pas été dévolu automatiquement au syndic. Celui-ci n'aurait pu y avoir accès qu'en présentant une demande sous le régime de l'art. 68 de la *Loi sur la faillite*. Or, aucune demande n'ayant été présentée avant la saisie-arrêt — aucune demande n'ayant jamais été présentée —, la priorité du Directeur est de fait incontestée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Du consentement des parties, il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Cruickshank Karvellas, Edmonton.

Procureur de l'intimé le Director of Maintenance Enforcement: Jeannette W. Fedorak, Edmonton.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: Ingrid C. Hutton et Robert Moen, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant: Barr, Wensel, Nesbitt & Reeson, Edmonton.

Mary Tataryn *Appellant*

v.

Edward James Tataryn, Executor named in the Will of Alec Tataryn, a.k.a. Alex Tataryn and Alexander Tataryn, Deceased *Respondent*

INDEXED AS: TATARYN v. TATARYN ESTATE

File No.: 23398.

1994: May 3; 1994: July 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Wills — Variation — Testator having statutory duty to make adequate provision for proper maintenance and support of surviving spouse and children — Testator leaving wife only life estate in matrimonial home and benefit of discretionary trust — Whether courts below failed to provide for wife appropriately in varying will — Meaning of “adequate, just and equitable in the circumstances” — Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, c. 435, s. 2(1).

The appellant and the testator were married for 43 years. Through their joint efforts they amassed an estate held in the testator's name at the time of his death consisting of the house in which they lived, a rental property next door inherited from the testator's father and money in the bank. They had two sons, J and E. The testator did not wish to leave anything to J, whom he disliked, and feared that if he left any of his estate to his wife in her own right, she would pass it on to him. He made a will leaving his wife a life estate in the matrimonial house and making her the beneficiary of a discretionary trust of the income from the residue of the estate, with E as trustee. After her death, everything was to go to E. The appellant and J claimed against the estate under the *Wills Variation Act*, s. 2(1) of which provides that if the testator fails to make adequate provision for the proper maintenance and support of a surviving spouse and children, the court may order the provision from the estate that it considers “adequate, just and equitable in the circumstances”. The trial judge revoked the

Mary Tataryn *Appelante*

c.

^a **Edward James Tataryn, exécuteur testamentaire de feu Alec Tataryn, alias Alex Tataryn et Alexander Tataryn** *Intimé*

^b

RÉPERTORIÉ: TATARYN c. SUCCESSION TATARYN

Nº de greffe: 23398.

^c 1994: 3 mai; 1994: 14 juillet.

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

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

^e *Testaments — Modification — Testateur tenu par la loi de pourvoir convenablement à l'entretien et à la subsistance raisonnables du conjoint et des enfants survivants — Testateur n'ayant laissé à son épouse qu'un domaine viager sur la résidence familiale et le bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire — Les juridictions inférieures ont-elles omis de pourvoir convenablement aux besoins de l'épouse en modifiant le testament? — Signification de l'expression «convenable, juste et équitable dans les circonstances» — Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 435, art. 2(1).*

^f L'appelante et le testateur ont été mariés pendant 43 ans. Ils ont pu, grâce à leurs efforts communs, accumuler un patrimoine, détenu au nom du testateur au moment de son décès, qui consistait en la résidence dans laquelle ils vivaient, un bien locatif voisin hérité du père du testateur et une somme d'argent en banque. Ils avaient deux fils, J et E. Le testateur ne voulait rien laisser à J, qui lui déplaisait, et il craignait que, s'il léguait une partie de son patrimoine à son épouse en propre, elle ne le lui transmette. Dans son testament, il a légué à son épouse un domaine viager sur la résidence familiale et l'a nommée bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire du revenu du reliquat de la succession dont le deuxième fils, E, était fiduciaire. Au décès de l'épouse, tout devait échoir à E. L'appelante et J ont contesté la succession en vertu du par. 2(1) de la *Wills Variation Act*, qui prévoit que, si le testateur ne pourvoit pas convenablement à l'entretien et à la subsistance raisonnables du conjoint et des enfants survivants, la cour peut adjuger sur la succession ce qu'elle estime «convenable, juste et équitable

gift to E of the house next door and granted the appellant a life estate in it; directed that J and E each receive an immediate gift of \$10,000 out of the residue of the estate; and directed that when the appellant died, the residue of the estate be divided one-third to J and two-thirds to E. The Court of Appeal dismissed the appeal, but clarified that certain expenditures should be made from the residue and that the trustee's discretion to encroach upon the residue to make payments to the appellant should be "exercised in a manner that will ensure that she shall have a reasonable standard of living commensurate with the standard of living she had prior to the death of her husband."

Held: The appeal should be allowed and the following order substituted for that of the trial judge: (1) to the appellant: (a) title to the matrimonial home; (b) a life interest in the rental property; and (c) the entire residue of the estate after payment of the immediate gifts to the sons; (2) to each son: an immediate gift of \$10,000; (3) upon the appellant's death, the rental property to be divided one-third to J and two-thirds to E.

The generous language of the Act confers a broad discretion on the court and, combined with the rule in the *Interpretation Act* that a statute is always speaking, means that the Act must be read in light of modern values and expectations. The first consideration in determining what is "adequate, just and equitable" in the circumstances of the case must be the testator's legal responsibilities during his or her lifetime. Maintenance and provision for basic needs may or may not be sufficient to meet this legal obligation. Depending on the length of the relationship, the contribution of the claimant spouse and the desirability of independence, each spouse is entitled to a share of the estate. For further guidance in determining what is "adequate, just and equitable", the court should next turn to the testator's moral duties toward spouse and children. Where priorities among conflicting claims must be established, claims which would have been recognized during the testator's life should generally take precedence over moral claims. As between moral claims, some may be stronger than others. Any moral duty should be assessed in the light of the deceased's legitimate concerns which, where the assets of the estate permit, may go beyond providing for the surviving spouse and children. A will is the exercise by the testator of his freedom to dispose of his property and is to be interfered with not lightly but only in so far as the statute requires.

dans les circonstances». Le juge de première instance a révoqué le legs à E de la maison voisine et accordé à l'appelante un domaine viager sur celle-ci, il a ordonné que J et E reçoivent tous deux la somme de 10 000 \$ immédiatement, à imputer sur le reliquat de la succession, et qu'au décès de l'appelante, J reçoive un tiers du reliquat de la succession et E, les deux tiers. La Cour d'appel a rejeté l'appel, tout en précisant que certains frais devraient être pris sur le reliquat et que la discrétion du fiduciaire d'empiéter sur le reliquat pour verser de l'argent à l'appelante devait être «exercée d'une manière qui garantisse à celle-ci une qualité de vie raisonnable, proportionnée à celle dont elle jouissait avant le décès de son époux.»

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance suivante est substituée à celle du juge de première instance: (1) à l'appelante: a) droit de propriété sur la résidence familiale, b) intérêt viager sur le bien locatif, c) reliquat de la succession après le paiement des legs immédiats aux fils, (2) à chaque fils: un legs immédiat de 10 000 \$, (3) au décès de l'appelante, un tiers du bien locatif à J et deux tiers à E.

Le libellé généreux de la Loi confère un pouvoir discrétionnaire général au tribunal et, conjointement avec la règle de l'*Interpretation Act* selon laquelle la loi a vocation permanente, cela signifie que la Loi doit être interprétée à la lumière des valeurs et des attentes modernes. Il faut d'abord considérer, pour déterminer ce qui est «convenable, juste et équitable» dans les circonstances de l'affaire, les responsabilités légales du testateur de son vivant. Assurer l'entretien et pourvoir aux besoins essentiels peuvent être suffisants pour satisfaire à cette obligation légale, mais peuvent également ne pas l'être. Selon la durée de la relation, la contribution du conjoint requérant et l'opportunité de permettre l'indépendance, chaque conjoint a droit à une part du patrimoine. Afin de pouvoir mieux déterminer ce qui est «convenable, juste et équitable», la cour devrait ensuite se pencher sur les obligations morales du testateur à l'égard de son conjoint et de ses enfants. S'il faut établir des priorités entre des prétentions contradictoires, celles qui auraient été reconnues du vivant du testateur devraient en général avoir préséance sur les prétentions morales. Parmi les prétentions morales, certaines peuvent être plus importantes que d'autres. Toute obligation morale doit être évaluée en fonction des préoccupations légitimes du défunt qui, lorsque la valeur de la succession le permet, peuvent aller au delà d'assurer la subsistance du conjoint et des enfants survivants. Le testament est l'exercice par le testateur de la liberté de disposer de ses biens, et il ne doit pas être modifié à la légère mais seulement dans la mesure où la loi l'exige.

In the present case the testator's only legal obligations during his life were toward his wife. Since the marriage was a long one and the appellant worked hard and contributed much to the assets she and her husband acquired, she would have been entitled to maintenance and a share in the family assets had the parties separated. The appellant's legal claims entitle her to at least half the estate and arguably to additional maintenance. Her moral claim to the funds set aside for old age is strong and indicates that an "adequate, just and equitable" provision for her requires giving her the bulk of the estate. The remaining moral claims are those of the two grown and independent sons, which cannot be put very high and are adequately met by the immediate gift awarded by the trial judge to each of them and a residuary interest in a portion of the property upon the appellant's death.

Cases Cited

Considered: *Walker v. McDermott*, [1931] S.C.R. 94; **approved:** *Barker v. Westminster Trust Co.* (1941), 57 B.C.R. 21; *Re Michalson Estate*, [1973] 1 W.W.R. 560; *Granfield v. Williams* (1981), 29 B.C.L.R. 150; *Price v. Lypchuk Estate* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 371; **disapproved:** *Re Dawson Estate* (1945), 61 B.C.R. 481; *Re Hornett Estate* (1962), 38 W.W.R. 385; *Re Harding*, [1973] 6 W.W.R. 229; **referred to:** *Swain v. Dennison*, [1967] S.C.R. 7; *Re Livingston* (1922), 31 B.C.R. 468; *Re Hall* (1923), 33 B.C.R. 241; *Re Stigings* (1924), 34 B.C.R. 347; *Brighten v. Smith* (1926), 37 B.C.R. 518; *Bates v. Bates* (1981), 9 E.T.R. 235 (B.C.S.C.), aff'd (1982), 11 E.T.R. 310 (B.C.C.A.); *Richards v. Person* (1982), 34 B.C.L.R. 350 (S.C.), aff'd (1983), 49 B.C.L.R. 43 (C.A.); *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Brauer v. Hilton* (1979), 15 B.C.L.R. 116; *Cowan v. Cowan Estate* (1988), 30 E.T.R. 216 (B.C.S.C.), aff'd (1990), 37 E.T.R. 308 (B.C.C.A.); *Nulty v. Nulty Estate* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 343; *Bell v. Roy Estate* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 213.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 7.
Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, c. 435, s. 2(1).

En l'espèce, les seules obligations légales dont le testateur devait s'acquitter pendant sa vie étaient envers son épouse. Puisqu'ils ont été mariés de nombreuses années et que l'appelante a travaillé fort et a grandement contribué aux biens qu'elle et son époux ont acquis, elle aurait eu droit à ce qu'il soit pourvu à son entretien et à recevoir une part des biens familiaux, si elle et son époux s'étaient séparés. Les prétentions légales de l'appelante lui donnent droit à au moins la moitié de la succession et, pourrait-on soutenir, à un soutien supplémentaire. Sa «prétention morale» à l'argent mis de côté en prévision des vieux jours est solide et elle indique qu'à son égard, ce qui est «convenable, juste et équitable» doit consister en la plus grosse part de la succession. Restent les prétentions morales des enfants adultes indépendants, qui ne peuvent recevoir une très grande reconnaissance et qui sont convenablement reconnues par le legs immédiat à chacun d'eux ordonné par le juge de première instance et un intérêt résiduaire dans une part des biens au décès de l'appelante.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Walker c. McDermott*, [1931] R.C.S. 94; **arrêts approuvés:** *Barker c. Westminster Trust Co.* (1941), 57 B.C.R. 21; *Re Michalson Estate*, [1973] 1 W.W.R. 560; *Granfield c. Williams* (1981), 29 B.C.L.R. 150; *Price c. Lypchuk Estate* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 371; **arrêts critiqués:** *Re Dawson Estate* (1945), 61 B.C.R. 481; *Re Hornett Estate* (1962), 38 W.W.R. 385; *Re Harding*, [1973] 6 W.W.R. 229; **arrêts mentionnés:** *Swain c. Dennison*, [1967] R.C.S. 7; *Re Livingston* (1922), 31 B.C.R. 468; *Re Hall* (1923), 33 B.C.R. 241; *Re Stigings* (1924), 34 B.C.R. 347; *Brighten c. Smith* (1926), 37 B.C.R. 518; *Bates c. Bates* (1981), 9 E.T.R. 235 (C.S.C.-B.), conf. par (1982), 11 E.T.R. 310 (C.A.C.-B.); *Richards c. Person* (1982), 34 B.C.L.R. 350 (C.S.), conf. par (1983), 49 B.C.L.R. 43 (C.A.); *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Brauer c. Hilton* (1979), 15 B.C.L.R. 116; *Cowan c. Cowan Estate* (1988), 30 E.T.R. 216 (C.S.C.-B.), conf. par (1990), 37 E.T.R. 308 (C.A.C.-B.); *Nulty c. Nulty Estate* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 343; *Bell c. Roy Estate* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 213.

Lois et règlements cités

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 121.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 206, art. 7.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.).
Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 435, art. 2(1).

Authors Cited

Amighetti, Leopold. *The Law of Dependents' Relief in British Columbia*. Toronto: Thomson Professional Pub. Canada, 1991.

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Statutory Succession Rights*. Vancouver: Law Reform Commission of British Columbia, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 211, 20 B.C.A.C. 218, 35 W.A.C. 218, 98 D.L.R. (4th) 717, 47 E.T.R. 221, affirming a decision of Paris J. granting the appellant's claim for relief under the *Wills Variation Act*. Appeal allowed.

Rhys Davies and Kerry D. Sheppard, for the appellant.

Robin J. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — This case requires us to consider the principles to be applied to the British Columbia *Wills Variation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 435.

Alex and Mary Tataryn were married for 43 years. He was a shoemaker; she worked as a waitress until 1975 and mainly in the home thereafter. Mr. and Mrs. Tataryn were industrious and frugal. Through their joint efforts, they amassed an estate valued at \$315,264.69 which was held in Mr. Tataryn's name at the time of his death. This consisted of the house in which they lived, a rental property next door inherited from Mr. Tataryn's father, and \$122,629.69 in the bank. Mrs. Tataryn also held \$25,000 in her own name.

The Tataryns had two sons, John and Edward. From the time John was six years of age, his father disliked him. Over the years, Mr. Tataryn's dislike of his eldest son, which seems to have been partially related to certain religious convictions, grew in intensity and, ultimately, became obsessional. Nevertheless, Mrs. Tataryn "stuck up" for John

Doctrine citée

Amighetti, Leopold. *The Law of Dependents' Relief in British Columbia*. Toronto: Thomson Professional Pub. Canada, 1991.

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Statutory Succession Rights*. Vancouver: Law Reform Commission of British Columbia, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 211, 20 B.C.A.C. 218, 35 W.A.C. 218, 98 D.L.R. (4th) 717, 47 E.T.R. 221, qui a confirmé une décision du juge Paris, qui avait accueilli la demande de réparation de l'appelante en vertu de la *Wills Variation Act*. Pourvoi accueilli.

Rhys Davies et Kerry D. Sheppard, pour l'appelante.

Robin J. Stewart, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Il s'agit en l'espèce d'étudier les principes qui doivent régir la *Wills Variation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 435.

Alex et Mary Tataryn ont été mariés pendant 43 ans. Il était cordonnier; elle a travaillé comme serveuse jusqu'en 1975 et par la suite surtout à la maison. Tous deux travailleurs et économes, ils ont pu, grâce à leurs efforts communs, accumuler un patrimoine évalué à 315 264,69 \$, détenu au nom de M. Tataryn au moment de son décès. Le patrimoine consistait en la résidence dans laquelle ils vivaient, un bien locatif voisin, hérité du père de M. Tataryn, et la somme de 122 629,69 \$ en banque. M^{me} Tataryn avait aussi 25 000 \$ à son nom.

Les Tataryn avaient deux fils, John et Edward. Depuis l'âge de six ans, John déplaçait à son père. Au fil des ans, l'aversion de M. Tataryn envers son fils aîné, qui semble avoir été due en partie à certaines convictions religieuses, s'est accrue et, à la fin, est devenue obsessionnelle. M^{me} Tataryn se portant toutefois à sa défense, John a pu continuer

and he continued to live in the home. Edward, on the other hand, lived across the continent in New Brunswick.

Mr. Tataryn did not wish to leave anything to John. He feared that if he left any of his estate to his wife in her own right, she would pass it on to John. He made a will leaving his wife a life estate in the matrimonial house. In addition, Mrs. Tataryn was made the beneficiary of a discretionary trust of the income from the residue of the estate, with the second son Edward as trustee. He was to apply the income in his discretion for her benefit, and was also given the power to encroach upon the capital of the estate. After her death, everything was to go to Edward. He left nothing to John. Alex Tataryn explained in Clause 4 of his will why he did this:

I HAVE PURPOSELY excluded my son, JOHN ALEXANDER TATARYN, from any share of my Estate and purposely provided for my wife by the trust as set out above for the following reason: My wife MARY and my older son JOHN have acted in various ways to disrupt my attempts to establish harmony in the family. Since JOHN was 12 years old he has been a difficult child for me to raise. He has turned against me and totally ignored me for the last 15 years of his life. He has been abusive to the point of profanity; he has been extremely inconsiderate and has made no effort to reconcile his differences with me. He has never been open to discussion with a view to establishing ourselves in unity. My son EDWARD is respectable and I commend him for his warm attitude towards me, his honesty, and his co-operation with me.

Mr. and Mrs. Tataryn had not discussed the possibility of death. They thought they were both in good health and there was no need to talk about such things. Mrs. Tataryn knew that there was money in the bank for their old age:

I knew he had money, but I never questioned him about it, and I thought, well, it is for our old age. I didn't care. I trusted my husband.

She stated:

à vivre à la maison. Edward, quant à lui, vivait à l'autre bout du pays, au Nouveau-Brunswick.

M. Tataryn ne voulait rien laisser à John. Il craignait que, s'il léguait une partie de son patrimoine à son épouse en propre, elle ne le transmette à John. Dans son testament, il a légué à son épouse un domaine viager sur la résidence familiale. En outre, M^{me} Tataryn était bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire du revenu du reliquat de la succession dont le deuxième fils, Edward, était fiduciaire. Ce dernier devait utiliser le revenu à sa discrétion au profit de sa mère et avait également le pouvoir d'empiéter sur le capital de la succession. Au décès de cette dernière, tout devait échoir à Edward. Alex Tataryn n'a rien légué à John. Il a expliqué, à la clause 4 de son testament, la raison pour laquelle il a agi ainsi:

[TRADUCTION] J'AI À DESSEIN exclu mon fils, JOHN ALEXANDER TATARYN, de ma succession et assuré intentionnellement la subsistance de mon épouse en établissant la fiducie mentionnée ci-dessus pour la raison suivante: Mon épouse MARY et mon fils JOHN ont, par divers moyens, annihilé mes tentatives d'établir l'harmonie dans la famille. JOHN me cause des difficultés depuis qu'il a 12 ans. Les 15 dernières années, il s'est retourné contre moi et m'a totalement ignoré. Il a tenu des propos injurieux, voire blasphématoires; il a grandement manqué de respect et n'a fait aucun effort pour résoudre nos différends. Il n'a jamais voulu discuter pour que nous tentions de vivre en harmonie. Mon fils EDWARD est respectable et je loue son comportement chaleureux envers moi, son honnêteté et sa collaboration.

M. et M^{me} Tataryn n'avaient pas discuté de la possibilité d'un décès. Se croyant tous deux en bonne santé, ils ne voyaient aucune raison d'en parler. M^{me} Tataryn savait qu'ils avaient en banque de l'argent pour leurs vieux jours:

[TRADUCTION] Je savais qu'il avait de l'argent, mais je ne l'ai jamais interrogé à ce sujet, et je croyais, bien, c'est pour nos vieux jours. Je ne m'en préoccupais pas. Je faisais confiance à mon époux.

Puis elle a déclaré:

... we had an agreement that we were going to keep the house going and he was going to save for our old age, so we always used to put his money in the bank.

It therefore came as a shock to Mrs. Tataryn to learn that her husband had left everything to Edward, subject to her right to live in the house and Edward's right to provide money for her use from time to time. She testified:

I always loved my husband and respected him, and I would never do anything wrong to him, and I did exactly what he wanted me to do, and I just can't understand this.

Mrs. Tataryn and John claimed against the estate under the *Wills Variation Act*. The trial judge, after a four-day trial, gave oral reasons for judgment in which he revoked the gift to Edward of the house next door and granted Mary Tataryn a life estate in it; directed that John and Edward each receive an immediate gift of \$10,000 out of the residue of the estate; and directed that when Mary Tataryn died, the residue of the estate be divided one-third to John and two-thirds to Edward.

The Court of Appeal dismissed the appeal, but clarified that certain expenditures should be made from the residue and that the trustee's discretion to encroach upon the residue to make payments to Mary Tataryn should be "exercised in a manner that will ensure that she shall have a reasonable standard of living commensurate with the standard of living she had prior to the death of her husband" ((1992), 74 B.C.L.R. (2d) 211, at p. 221).

Mary Tataryn now appeals to this Court.

The Statute

By s. 2(1) of the *Wills Variation Act*, a testator has a duty to make adequate provision for the proper maintenance and support of a surviving spouse and children. If the testator fails to discharge this duty, the court may order for the claimant the provision from the estate that it considers

[TRADUCTION] ... nous nous étions entendus pour que nous nous occupions de la maison et qu'il épargne pour nos vieux jours, alors nous avions l'habitude de déposer son argent à la banque.

M^{me} Tataryn fut donc très surprise lorsqu'elle apprit que son époux avait tout légué à Edward, sous réserve de son droit de vivre dans la maison et de celui d'Edward de lui verser de l'argent à l'occasion. Elle a témoigné en ces termes:

[TRADUCTION] J'ai toujours aimé et respecté mon mari, et je n'aurais jamais rien fait pour lui nuire. J'ai fait exactement ce qu'il attendait de moi, et je ne peux tout simplement pas comprendre son geste.

M^{me} Tataryn et John ont contesté la succession en vertu de la *Wills Variation Act*. Au terme d'un procès de quatre jours, le juge de première instance a prononcé oralement ses motifs de jugement, dans lesquels il a révoqué le legs à Edward de la maison voisine et accordé à Mary Tataryn un domaine viager sur celle-ci. Il a en outre ordonné que John et Edward reçoivent tous deux la somme de 10 000 \$ immédiatement, à imputer sur le reliquat de la succession, et qu'au décès de Mary Tataryn, John reçoive un tiers du reliquat de la succession et Edward, les deux tiers.

La Cour d'appel a rejeté l'appel, tout en précisant que certains frais devraient être pris sur le reliquat et que la discrétion du fiduciaire d'empiéter sur le reliquat pour verser de l'argent à Mary Tataryn devait être [TRADUCTION] «exercée d'une manière qui garantisse à celle-ci une qualité de vie raisonnable, proportionnée à celle dont elle jouissait avant le décès de son époux» ((1992), 74 B.C.L.R. (2d) 211, à la p. 221).

Mary Tataryn se pourvoit maintenant devant notre Cour.

La Loi

Sous le régime du par. 2(1) de la *Wills Variation Act*, le testateur est tenu de pourvoir convenablement à l'entretien et à la subsistance raisonnables du conjoint et des enfants survivants. S'il ne s'acquitte pas de cette obligation, la cour peut adjuger au requérant, sur la succession, ce qu'elle estime

“adequate, just and equitable in the circumstances”. The full language of the subsection is:

2. (1) Notwithstanding any law or statute to the contrary, if a testator dies leaving a will which does not, in the court’s opinion, make adequate provision for the proper maintenance and support of the testator’s wife, husband or children, the court may, in its discretion, in an action by or on behalf of the wife, husband or children, order that the provision that it thinks adequate, just and equitable in the circumstances be made out of the estate of the testator for the wife, husband or children.

The statute, adopted in 1920, was modeled on New Zealand legislation. When the bill was introduced, the Attorney General, J. W. de B. Farris, described it as “one of the links in the Government’s chain of social welfare legislation”. The bill “was the direct result of lobbying by women’s organizations with the final power given to them through women’s enfranchisement in 1916” (Leopold Amighetti, *The Law of Dependants’ Relief in British Columbia* (1991), at p. 12). It is recorded in the Journals of the Legislative Assembly of British Columbia that on proclamation of the Act, the Lieutenant-Governor said that it “will tend towards the amelioration of social conditions within the Province”.

The Issue

The issue is whether the courts below erred in their interpretation of s. 2(1) of the *Wills Variation Act*. The law is unsettled as to precisely what considerations should govern a court faced with an application under this section. We are asked to clarify the principles applicable to the Act and determine whether, applying these principles to the facts in this case, the conclusion of the courts below can be sustained. For the purposes of this statute, an appellate tribunal is in the same position as the trial judge; deference to the findings of the trial judge is not required except on matters based on oral testimony: *Swain v. Dennison*, [1967] S.C.R. 7, at p. 12.

[TRADUCTION] «convenable, juste et équitable dans les circonstances». Voici le texte intégral du paragraphe:

2. (1) Si, à son avis, le testateur ne pourvoit pas convenablement à l’entretien et à la subsistance de son conjoint et de ses enfants, à son décès, le tribunal peut, à sa discrétion, nonobstant toute loi ou règle de droit contraire, dans une action intentée par le conjoint ou les enfants, ou pour leur compte, leur adjuger, sur la succession du testateur, ce qu’il estime convenable, juste et équitable dans les circonstances.

Adoptée en 1920, la loi a été modelée sur la législation néo-zélandaise. Lorsque le projet de loi a été présenté, le procureur général, J. W. de B. Farris, l’a décrit comme [TRADUCTION] «l’un des maillons de la chaîne de la législation adoptée par le gouvernement en matière d’assistance sociale». Le projet de loi [TRADUCTION] «a été l’aboutissement direct des pressions exercées par les groupes de femmes, qui ont finalement obtenu le droit de vote en 1916» (Leopold Amighetti, *The Law of Dependants’ Relief in British Columbia* (1991), à la p. 12). La Gazette de l’assemblée législative de la Colombie-Britannique rapporte qu’au moment de proclamer la Loi, le lieutenant-gouverneur a déclaré qu’elle [TRADUCTION] «[était] un pas vers l’amélioration des conditions sociales dans la province».

La question en litige

Il s’agit de savoir si les juridictions inférieures ont mal interprété le par. 2(1) de la *Wills Variation Act*. Le droit demeure incertain quant aux considérations exactes dont doit tenir compte le tribunal saisi d’une demande fondée sur ce paragraphe. On nous demande de préciser les principes applicables à la Loi et de déterminer si, ces principes étant appliqués aux faits de l’espèce, la conclusion des juridictions inférieures peut être maintenue. Aux fins de cette loi, le tribunal d’appel est dans la même position que le juge de première instance; point n’est besoin de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de ce dernier, sauf quant aux questions fondées sur les témoignages oraux: *Swain c. Dennison*, [1967] R.C.S. 7, à la p. 12.

Discussion*The Language of the Act*

The language of the *Wills Variation Act* is very broad. The court must determine whether the testator has made “adequate provision” for his spouse and children. If it concludes he or she has not, the court “may, in its discretion, . . . order . . . the provision that it thinks adequate, just and equitable in the circumstances”.

I do not interpret the section as imposing two different tests. The court must ask itself whether the will makes adequate provision and if not, order what is adequate, just and equitable. These are two sides of the same coin.

The words “adequate, just and equitable” may be interpreted in different ways. At one end of the spectrum, they may be confined to what is “necessary” to keep the dependants off the welfare roles. At the other extreme, they may be interpreted as requiring the court to make an award consistent with the lifestyle and aspirations of the dependants. Again, they may be interpreted as confined to maintenance or they may be interpreted as capable of extending to fair property division. Complicating these questions are the issues of the weight to be placed on the “right” of the testator to dispose of his estate as he chooses — i.e., testamentary autonomy — and the equities as between the beneficiaries: spouses and children. Different courts, applying a variety of approaches to these questions, have, over time, arrived at different interpretations of the meaning of “adequate, just and equitable”.

Whatever the answers to the specific questions, this much seems clear. The language of the Act confers a broad discretion on the court. The generosity of the language suggests that the legislature was attempting to craft a formula which would permit the courts to make orders which are just in the specific circumstances and in light of contemporary standards. This, combined with the rule that a statute is always speaking (*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 7), means that the Act

Analyse*Le libellé de la Loi*

Le libellé de la *Wills Variation Act* est très général. Le tribunal doit déterminer si le testateur a «pourvu[u] convenablement» aux besoins de son conjoint et de ses enfants. S’il estime que ce n’est pas le cas, il «peut, à sa discrétion, [. . .] adjuger [. . .] ce qu’il estime convenable, juste et équitable dans les circonstances».

Je ne crois pas que la disposition impose deux critères différents. Le tribunal doit se demander si le testament assure convenablement la subsistance et, dans la négative, adjuger ce qui est convenable, juste et équitable. Ce sont deux côtés d’une même médaille.

L’expression «convenable, juste et équitable» peut être interprétée de différentes façons. À une extrémité de la courbe, on peut réduire l’expression à ce qui est «nécessaire» pour tenir les personnes à charge à l’écart des rangs de l’assistance sociale. À l’autre, on peut l’interpréter comme exigeant que le tribunal accorde un montant qui réponde au mode de vie et aux aspirations des personnes à charge. Encore une fois, on peut limiter sa portée à l’entretien ou l’étendre au partage équitable des biens. Ces questions sont rendues complexes par l’importance qu’il faut accorder au «droit» du testateur de disposer à son gré de son patrimoine — c’est-à-dire l’autonomie testamentaire — et à l’équité entre les bénéficiaires: conjoint et enfants. Divers tribunaux ont interprété de différentes façons le sens de l’expression «convenable, juste et équitable» en appliquant une gamme de théories.

Quelles que soient les réponses aux questions spécifiques, une chose est certaine: le libellé de la Loi confère un pouvoir discrétionnaire général au tribunal. La générosité du texte donne à entendre que le législateur tentait d’élaborer une formule qui permette aux tribunaux de rendre des ordonnances justes dans les circonstances données, fondées sur les normes contemporaines. Ce qui signifie, conjointement avec la règle selon laquelle la loi a vocation permanente (*Interpretation Act*,

must be read in light of modern values and expectations. What was thought to be adequate, just and equitable in the 1920s may be quite different from what is considered adequate, just and equitable in the 1990s. This narrows the inquiry. Courts are not necessarily bound by the views and awards made in earlier times. The search is for contemporary justice.

The Interests Protected

The two interests protected by the Act are apparent. The main aim of the Act is adequate, just and equitable provision for the spouses and children of testators. The desire of the legislators who conceived and passed it was to “ameliorat[e]... social conditions within the Province”. At a minimum this meant preventing those left behind from becoming a charge on the state. But the debates may also be seen as foreshadowing more modern concepts of equality. The Act was passed at a time when men held most property. It was passed, we are told, as “the direct result of lobbying by women’s organizations with the final power given to them through women’s enfranchisement in 1916”. There is no reason to suppose that the concerns of the women’s groups who fought for this reform were confined to keeping people off the state dole. It is equally reasonable to suppose that they were concerned that women and children receive an “adequate, just and equitable” share of the family wealth on the death of the person who held it, even in the absence of demonstrated need.

The other interest protected by the Act is testamentary autonomy. The Act did not remove the right of the legal owner of property to dispose of it upon death. Rather, it limited that right. The absolute testamentary autonomy of the 19th century was required to yield to the interests of spouses and children to the extent, and only to the extent, that this was necessary to provide the latter with what was “adequate, just and equitable in the circumstances.” And if that testamentary autonomy

R.S.B.C. 1979, ch. 206, art. 7), que la Loi doit être interprétée à la lumière des valeurs et des attentes modernes. Ce qu’on estimait convenable, juste et équitable dans les années 1920 peut être fort différent de ce qui est considéré comme convenable, juste et équitable dans les années 1990. L’analyse en est d’autant restreinte. Les tribunaux ne sont pas nécessairement liés par les opinions exprimées et les montants accordés dans le passé. L’objectif est la justice contemporaine.

Les intérêts protégés

Les deux intérêts que protège la Loi sont évidents. Elle vise principalement à ce que la subsistance du conjoint et des enfants du testateur soit assurée de façon convenable, juste et équitable. Le législateur qui l’a conçue et adoptée souhaitait «l’amélioration des conditions sociales dans la province». À tout le moins, cela signifiait éviter que ceux qui sont laissés derrière deviennent une charge pour l’État. On peut toutefois penser que les débats laissaient également prévoir des conceptions plus modernes de l’égalité. La Loi a été adoptée à une époque où les hommes possédaient la plus grande partie des biens. Elle aurait été «l’aboutissement direct des pressions exercées par les groupes de femmes, qui ont finalement obtenu le droit de vote en 1916». Rien ne nous permet de supposer que les préoccupations des groupes de femmes qui ont lutté pour obtenir cette réforme se soient limitées à maintenir les gens hors des rangs de l’assistance publique. Il est également raisonnable de supposer qu’ils souhaitaient que les femmes et les enfants reçoivent une part «convenable, juste et équitable» du patrimoine familial au décès de la personne qui le détenait, même en l’absence d’un besoin établi.

La Loi protège également l’autonomie testamentaire. Elle n’a pas supprimé le droit du propriétaire légitime de disposer de ses biens à son décès. Elle l’a plutôt limité. L’autonomie testamentaire absolue du XIX^e siècle devait céder le pas aux intérêts du conjoint et des enfants dans la mesure, et dans la mesure seulement, où il était nécessaire de leur garantir ce qui était «convenable, juste et équitable dans les circonstances.» Et si cette autonomie testamentaire doit s’incliner devant ce qui est «conve-

must yield to what is “adequate, just and equitable”, then the ultimate question is, what is “adequate, just and equitable” in the circumstances judged by contemporary standards. Once that is established, it cannot be cut down on the ground that the testator did not want to provide what is “adequate, just and equitable”.

The Jurisprudence — Need or Something More?

The early cases equated what was “adequate, just and equitable in the circumstances” with what was required to support or “maintain” the spouse and children of the testator: *Re Livingston* (1922), 31 B.C.R. 468; *Re Hall* (1923), 33 B.C.R. 241; *Re Stigings* (1924), 34 B.C.R. 347; *Brighten v. Smith* (1926), 37 B.C.R. 518. As McPhillips J.A. put it in *Brighten v. Smith* (at p. 523):

If . . . the husband or the wife should be in need, . . . the relationship that exists calls upon the husband or the wife to remember it and make provision, otherwise we should have the husband or the wife, . . . becoming a public charge upon the country.

This approach is consistent with the view of duties between husband and wife prevailing in the 1920s. For example, on marriage breakup the husband was generally required to support or “maintain” the wife and no more. She had no claim on his property. It is hardly surprising that the judges of the time interpreted the Act in terms of need or what was required to maintain the spouse.

This Court rejected the need-maintenance approach to the Act in *Walker v. McDermott*, [1931] S.C.R. 94. At issue was the right of an independent child to share in an estate which the testator had left entirely to his wife. This Court upheld the trial judge’s decision to award the child \$6,000 of the \$25,000 estate, overruling the Court of Appeal’s decision that all should go to the wife. Duff J. (as he then was), speaking for the majority, enunciated the following test (at p. 96):

nable, juste et équitable», alors la question fondamentale est de savoir ce qui est «convenable, juste et équitable» dans les circonstances, à la lumière des normes contemporaines. Une fois cet élément établi, on ne peut en faire abstraction sous prétexte que le testateur ne souhaitait pas pourvoir ce qui est «convenable, juste et équitable».

La jurisprudence — Les besoins ou davantage?

Les premières décisions ont assimilé ce qui était «convenable, juste et équitable dans les circonstances» à ce qui était nécessaire pour assurer la subsistance du conjoint et des enfants du testateur ou pour leur «entretien»: *Re Livingston* (1922), 31 B.C.R. 468; *Re Hall* (1923), 33 B.C.R. 241; *Re Stigings* (1924), 34 B.C.R. 347; *Brighten c. Smith* (1926), 37 B.C.R. 518. Suivant les propos du juge McPhillips dans *Brighten c. Smith* (à la p. 523):

[TRADUCTION] Si [. . .] l’époux ou l’épouse est dans le besoin, [. . .] la relation qui existe contraint l’époux ou l’épouse à en tenir compte et à assurer la subsistance de l’autre, à défaut de quoi l’époux ou l’épouse, [. . .] deviendra une charge publique pour le pays.

Ce point de vue est conforme à l’opinion sur les obligations entre conjoints qui était répandue dans les années 1920. Ainsi, à la dissolution du mariage, l’époux était généralement contraint d’assurer la subsistance de l’épouse ou son «entretien», sans plus. Cette dernière n’avait aucun droit sur ses biens. Il n’est guère surprenant que les juges de l’époque aient interprété la Loi en fonction des besoins ou de ce qui était nécessaire pour l’entretien de l’épouse.

Dans l’arrêt *Walker c. McDermott*, [1931] R.C.S. 94, notre Cour a rejeté la conception besoins-entretien de la Loi. Cette affaire portait sur le droit d’un enfant indépendant de partager le patrimoine que le testateur avait légué entièrement à son épouse. Notre Cour a maintenu la décision du juge de première instance d’accorder 6 000 \$ à l’enfant sur la masse successorale de 25 000 \$, renversant ainsi la décision de la Cour d’appel de tout accorder à l’épouse. Au nom de la majorité, le juge Duff (plus tard Juge en chef) a énoncé le critère suivant (à la p. 96):

What constitutes “proper maintenance and support” is a question to be determined with reference to a variety of circumstances. It cannot be limited to the bare necessities of existence. For the purpose of arriving at a conclusion, the court on whom devolves the responsibility of giving effect to the statute, would naturally proceed from the point of view of the judicious father of a family seeking to discharge both his marital and his parental duty; and would of course (looking at the matter from that point of view), consider the situation of the child, wife or husband, and the standard of living to which, having regard to this and the other circumstances, reference ought to be had.

Walker v. McDermott may be seen as recognizing that the Act’s ambit extended beyond need and maintenance. As Amighetti, *supra*, puts it (at p. 36), “the award in *Walker v. McDermott* can be supported only on the basis that the court interpreted the Act as a vehicle for redistribution of the capital of the estate”.

It may be noted that the need-maintenance rationale would not have permitted the court to recognize the claim of an independent adult child, as was done in *Walker v. McDermott*. The obvious question arose; if the British Columbia legislature had wished to confine the power of the court to order testamentary changes to need and maintenance, why had it not excluded adult independent children as was done, for example, in Alberta? This would have left the courts with three choices: (1) replace the need-maintenance test with a more generous test; (2) create two tests — need-maintenance for spouses and dependent children and something more generous for adult independent children; or (3) read the British Columbia Act as confined to spouses and dependent children. The fact that the Act lumped spouses and children together militated against the two-test approach, and the absence of words limiting claims to dependent children undercut the alternative of confining the Act to spouses and dependent children. Thus it is not surprising that the Court in *Walker v.*

[TRADUCTION] Pour déterminer ce qui constitue «l’entretien et la subsistance raisonnables», il faut tenir compte de diverses circonstances. On ne peut restreindre cette expression aux seules nécessités de la vie. Pour tirer une conclusion, le tribunal auquel appartient la tâche de donner effet à la loi adopterait naturellement le point de vue du père de famille judicieux qui souhaite s’acquitter de son obligation matrimoniale et parentale; et il examinerait évidemment (soupesant la question sous cet angle), la situation de l’enfant ou du conjoint et la qualité de vie dont, compte tenu de cette situation et des autres circonstances, il faudrait tenir compte.

On peut considérer que l’arrêt *Walker c. McDermott* reconnaît que la Loi s’étendait au-delà des besoins et de l’entretien. Comme Amighetti, *op. cit.*, le dit (à la p. 36), [TRADUCTION] «le montant accordé dans l’arrêt *Walker c. McDermott* ne peut trouver appui que sur le fait que le tribunal a interprété la Loi comme un moyen de redistribuer le capital de la succession».

Il convient de signaler que le raisonnement fondé sur les besoins et l’entretien n’aurait pas permis au tribunal de reconnaître la revendication d’un enfant adulte indépendant comme l’a fait notre Cour dans l’arrêt *Walker c. McDermott*. Une question évidente se posait; si le législateur de la Colombie-Britannique avait voulu que le pouvoir du tribunal se limite à modifier les dispositions testamentaires relatives aux besoins et à l’entretien, pourquoi n’a-t-il pas exclu les enfants adultes indépendants comme l’a fait, par exemple, l’Alberta? Les tribunaux n’auraient alors eu que trois choix: (1) remplacer le critère en matière de besoins et d’entretien par un critère plus généreux; (2) formuler deux critères — besoins et entretien pour les conjoints et les enfants à charge et une formule plus généreuse pour les enfants adultes indépendants, ou (3) interpréter la Loi de la Colombie-Britannique comme ne s’appliquant qu’aux conjoints et aux enfants à charge. Le fait que la Loi regroupait les conjoints et les enfants militait contre le double critère, et l’absence de mots restreignant les réclamations aux enfants à charge mine l’autre choix de limiter la Loi aux conjoints et aux enfants à charge. Il n’est donc pas étonnant que, dans l’ar-

McDermott adopted a broader test, sometimes called the “moral duty” approach.

The decisions of lower courts after *Walker v. McDermott* follow two lines. The majority, in keeping with the philosophy of *Walker*, affirmed the principle that spouses and children were entitled to an equitable share of the estate even in the absence of need. “Moral duty” became the watchword: *Barker v. Westminster Trust Co.* (1941), 57 B.C.R. 21 (C.A.); *Re Michalson Estate*, [1973] 1 W.W.R. 560 (B.C.S.C.); *Granfield v. Williams* (1981), 29 B.C.L.R. 150 (C.A.). This line of authority culminated in *Price v. Lypchuk Estate* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 371. Lambert J.A., speaking for the majority, stated (at p. 380):

There is a further question about whether all the issues raised by s. 2(1) of the Act can be determined by economic considerations alone, or whether moral considerations must also be weighed. The answer to that question is now settled. Moral considerations are relevant.

. . . .

In my opinion, the very structure of the Act makes it clear that the legislative scheme contemplates that the concept of moral duty is an essential element in the working of the Act. [Emphasis added.]

A second, weaker line of authorities followed the old view that the testator’s wishes could be disturbed only on the basis of need: *Re Dawson Estate* (1945), 61 B.C.R. 481 (S.C.); *Re Hornett Estate* (1962), 38 W.W.R. 385 (B.C.S.C.); *Re Harding*, [1973] 6 W.W.R. 229 (B.C.S.C.). These authorities found a defender in Amighetti, *supra*. In his view, the purpose of the Act was the modest one of preventing spouses and children from becoming charges on the state. It is essentially a welfare document. Subject to the obligation to care for the needs of his spouse and children, the testator’s right to dispose of his property as he sees fit remains absolute. In Amighetti’s view, this interpretation is mandated by the plain words and history of the Act. The early cases got it right when

rêt *Walker c. McDermott*, notre Cour ait adopté un critère plus libéral, que l’on qualifie souvent d’«obligation morale».

Les décisions des juridictions inférieures rendues après l’arrêt *Walker c. McDermott* ont suivi deux courants. La majorité, adoptant la philosophie de l’arrêt *Walker*, a confirmé le principe suivant lequel les conjoints et les enfants ont droit à une part équitable de la succession, même en l’absence de besoins. L’«obligation morale» est devenue le mot d’ordre: *Barker c. Westminster Trust Co.* (1941), 57 B.C.R. 21 (C.A.); *Re Michalson Estate*, [1973] 1 W.W.R. 560 (C.S.C.-B.); *Granfield c. Williams* (1981), 29 B.C.L.R. 150 (C.A.). Ce courant jurisprudentiel a culminé avec l’arrêt *Price c. Lypchuk Estate* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 371. Le juge Lambert, au nom de la majorité, a déclaré (à la p. 380):

[TRADUCTION] On se demande également si toutes les questions soulevées par le par. 2(1) de la Loi peuvent être tranchées en fonction de considérations économiques seulement, ou s’il faut également tenir compte de considérations d’ordre moral. La réponse à cette question est maintenant connue. Les considérations d’ordre moral sont pertinentes.

. . . .

À mon avis, l’esprit même de la Loi fait nettement ressortir que le concept de l’obligation morale est un élément essentiel de son application. [Je souligne.]

Un second courant, plus ténu, a suivi l’ancienne opinion portant que la volonté du testateur ne pouvait être contrecarrée que sur le fondement des besoins: *Re Dawson Estate* (1945), 61 B.C.R. 481 (C.S.); *Re Hornett Estate* (1962), 38 W.W.R. 385 (C.S.C.-B.); *Re Harding*, [1973] 6 W.W.R. 229 (C.S.C.-B.). Ces décisions ont trouvé un allié en Amighetti, *op. cit.* De l’avis de ce dernier, la Loi avait pour simple objet d’éviter que les conjoints et les enfants ne deviennent des charges pour l’État. Elle est essentiellement un document d’assistance sociale. Sous réserve de l’obligation du testateur de pourvoir aux besoins de son conjoint et de ses enfants, son droit de disposer de ses biens selon ce qu’il estime juste demeure absolu. Selon Amighetti, cette interprétation est commandée par les

they confined the revisionary powers of the court to cases of need. *Walker v. McDermott*, on the other hand, erred in "attribut[ing] to the Act a meaning and a function clearly beyond that defined by the early British Columbia cases and the capabilities of the Act" (pp. 36-37).

It has been suggested that this Court ought to replace the "judicious father and husband" test it set out in *Walker v. McDermott* and return to the needs-based analysis which prevailed in the early years of the Act. With great respect to the arguments to the contrary, I am not persuaded that we should do so.

First, I cannot agree that the wording of the Act suggests a strict needs-based test. As noted above, the wording is broad and capable of embracing changing conceptions of what is "adequate, just and equitable". The Act does not mention need. Moreover, if need were the touchstone, the failure to exclude independent adult children from its ambit presents difficulty. Nor, as will be discussed in greater detail below, do the words of the statute suggest a test devoid of judicial discretion, as witnessed by the express references to "discretion" and what is "adequate, just and equitable in the circumstances" (emphasis added).

Nor can I agree that the history of the Act suggests that the only reason for its passage was to prevent persons becoming a charge on the state. While the Act certainly was intended to serve this minimum function, there is nothing to suggest that the women's groups who lobbied for it or the legislators who adopted it intended that it be confined to cases of need.

The remaining argument is that *Walker v. McDermott* extends the Act beyond its capabilities. Again with respect, I cannot agree. This argument

termes clairs et l'historique de la Loi. C'est à juste titre que les premières décisions ont limité les pouvoirs de contrôle du tribunal aux cas de besoins. Dans l'arrêt *Walker c. McDermott*, par contre, la Cour aurait commis une erreur en [TRADUCTION] «attribu[ant] à la Loi un sens et une fonction excédant nettement ceux qui ont été déterminés par les premières causes de la Colombie-Britannique et par les pouvoirs conférés dans la Loi» (pp. 36 et 37).

On a donné à entendre que notre Cour devrait remplacer le critère du «père et époux judicieux» qu'elle a énoncé dans l'arrêt *Walker c. McDermott* et revenir à l'analyse fondée sur les besoins, qui dominait au cours des premières années de la Loi. En toute déférence pour les arguments contraires, je ne suis pas convaincue que nous devrions acquiescer à cette demande.

D'une part, je ne peux convenir que le libellé de la Loi appelle un critère rigide axé sur les besoins. Comme je l'ai déjà signalé, le libellé est général et susceptible d'englober des conceptions variables de ce qui est «convenable, juste et équitable». La Loi ne fait aucune mention des besoins. Par ailleurs, si les besoins étaient le facteur déterminant, le fait que les enfants adultes indépendants n'aient pas été exclus de sa portée suscite des problèmes. Comme nous en discuterons plus longuement ci-après, les termes de la loi n'appellent pas non plus un critère dénué de discrétion judiciaire, ainsi qu'en témoignent les mentions expresses de la «discrétion» et de ce qui est «convenable, juste et équitable dans les circonstances» (je souligne).

Je ne peux non plus convenir que l'historique de la Loi autorise à penser que son adoption était motivée par le seul désir d'éviter que les personnes visées ne deviennent des charges pour l'État. Si la Loi était certainement destinée à servir cette fonction minimale, rien n'indique que les groupes de femmes qui ont fait pression pour son adoption ou que le législateur qui l'a adoptée souhaitent qu'elle soit limitée aux cas de besoins.

On soutient enfin que l'arrêt *Walker c. McDermott* étend les pouvoirs de la Loi au-delà de ce qu'elle prévoit. Encore une fois en toute déférence,

is founded on the proposition that the *Walker* test introduces too much uncertainty into the law. Amighetti states (at p. 56):

The final result, in any given case, is completely at the discretion of the presiding judge as he or she alone considers the facts and makes a judgement, doubtless influenced by his or her own perception of what is fair and right. We are thus regressing to the unacceptable "time when Equity was interpreted by the length of the 'Chancellor's foot' . . ."

This criticism is value-neutral. It does not support the adoption of a needs-maintenance approach. It merely suggests that there must be some yardstick, be it need or some other, by which courts might measure the terms "adequate, just and equitable". From time to time courts following *Walker v. McDermott* have attempted to suggest ways of rendering the task under the Act more predictable. In *Bates v. Bates* (1981), 9 E.T.R. 235 (B.C.S.C.), Lander L.J.S.C. (as he then was) used actuarial evidence to determine what was adequate, just and equitable. In *Barker v. Westminster Trust Co.*, *supra*, O'Halloran J.A. found assistance in the standards for distribution of assets where there is no will, a test rejected by the Court of Appeal in *Bates v. Bates* (1982), 11 E.T.R. 310. In *Richards v. Person* (1982), 34 B.C.L.R. 350 (S.C.), Taylor J. used the provisions of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, for distribution of assets on marital separation as a guide, only to be told by the Court of Appeal that this was an improper consideration: (1983), 49 B.C.L.R. 43.

If the phrase "adequate, just and equitable" is viewed in light of current societal norms, much of the uncertainty disappears. Furthermore, two sorts of norms are available and both must be addressed. The first are the obligations which the law would impose on a person during his or her life were the question of provision for the claimant to arise. These might be described as legal obligations. The

je ne peux en convenir. Cet argument repose sur la proposition que le critère énoncé dans cet arrêt introduit trop d'incertitude dans le droit. Amighetti dit (à la p. 56):

[TRADUCTION] Le résultat définitif, dans toute affaire, relève de l'entière discrétion du juge qui préside puisque lui seul considère les faits et rend un jugement, sans doute influencé par sa propre perception de ce qui est juste et correct. Nous revenons donc à [TRADUCTION] «l'époque [inacceptable] où l'*equity* était sujette à diverses interprétations . . .»

Ce reproche est neutre. Il n'appuie pas l'adoption d'une conception fondée sur les besoins et l'entretien. Il ne fait que proposer la nécessité d'établir une norme de comparaison, qu'il s'agisse des besoins ou d'autres considérations, permettant aux tribunaux de déterminer ce qui est «convenable, juste et équitable». À l'occasion, les tribunaux qui ont suivi l'arrêt *Walker c. McDermott* ont tenté de proposer des moyens de rendre plus prévisible la tâche prévue dans la Loi. Dans l'arrêt *Bates c. Bates* (1981), 9 E.T.R. 235 (C.S.C.-B.), le juge local Lander (maintenant juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) a eu recours à une preuve actuarielle pour déterminer ce qui était convenable, juste et équitable. Dans l'arrêt *Barker c. Westminster Trust Co.*, précité, le juge O'Halloran a trouvé appui dans les règles de distribution des biens en l'absence de testament, un critère qu'a rejeté la Cour d'appel dans *Bates c. Bates* (1982), 11 E.T.R. 310. Dans *Richards c. Person* (1982), 34 B.C.L.R. 350 (C.S.), le juge Taylor a eu recours aux dispositions de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, relatives à la distribution des biens lors de la séparation des conjoints, mais la Cour d'appel a ensuite déterminé qu'il s'agissait d'une considération inopportune: (1983), 49 B.C.L.R. 43.

Si l'on considère l'expression «convenable, juste et équitable» à la lumière des normes contemporaines de la société, une grande partie de l'incertitude s'estompe. En outre, on peut recourir à deux sortes de normes, que l'on doit examiner. Il y a, en premier lieu, les obligations que la loi imposerait à une personne de son vivant si la question d'assurer la subsistance du requérant se posait.

second type of norms are found in society's reasonable expectations of what a judicious person would do in the circumstances, by reference to contemporary community standards. These might be called moral obligations, following the language traditionally used by the courts. Together, these two norms provide a guide to what is "adequate, just and equitable" in the circumstances of the case.

The first consideration must be the testator's legal responsibilities during his or her lifetime. The desirability of symmetry between the rights which may be asserted against the testator before death and those which may be asserted against the estate after his death has been noted by the dissenting member of the British Columbia Law Reform Commission in its 1983 report on the Act, *Report on Statutory Succession Rights* (Report No. 70). Mr. Close argues (at p. 154):

A person is under a legal duty to support his or her spouse and minor children. If this duty is not observed then it may be enforced through the courts. That a testator's estate should, therefore, be charged with a duty similar to that borne by the testator in his lifetime is not troublesome.

It follows that maintenance and property allocations which the law would support during the testator's lifetime should be reflected in the court's interpretation of what is "adequate, just and equitable in the circumstances" after the testator's death.

The legal obligations on a testator during his or her lifetime reflect a clear and unequivocal social expectation, expressed through society's elected representatives and the judicial doctrine of its courts. Where provision for a spouse is in issue, the testator's legal obligations while alive may be found in the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), family property legislation and the law of constructive trust: *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980. Maintenance and provision for basic needs may be sufficient to meet this legal obligation. On the other

On pourrait les qualifier d'obligations légales. Puis il y a celles que l'on puise dans les attentes raisonnables de la société à l'égard de ce qu'une personne sensée ferait dans les circonstances, compte tenu des normes sociales de l'époque. On pourrait les appeler les obligations morales, selon le langage habituellement utilisé par les tribunaux. Prises ensemble, ces normes servent à déterminer ce qui est «convenable, juste et équitable» dans les circonstances de l'affaire.

Il faut d'abord considérer les responsabilités légales du testateur de son vivant. L'opportunité d'établir une symétrie entre les droits qui peuvent être opposés au testateur avant son décès et ceux qui peuvent l'être à la succession après son décès a été signalée par le commissaire dissident de la Law Reform Commission de la Colombie-Britannique dans son rapport paru sur la Loi en 1983, *Report on Statutory Succession Rights* (Rapport n° 70). M. Close y soutient (à la p. 154):

[TRADUCTION] Tous sont légalement tenus d'assurer la subsistance de leur conjoint et de leurs enfants mineurs. S'ils ne s'acquittent pas de cette obligation, celle-ci peut être imposée par les tribunaux. Le fait que la succession du testateur soit par conséquent forcée de respecter une obligation semblable à celle à laquelle il était tenu de son vivant ne pose pas de problème.

Il s'ensuit que l'attribution de montants pour l'entretien et de biens, que le droit sanctionnerait pendant la vie du testateur, devrait se refléter dans l'interprétation par la cour de ce qui est «convenable, juste et équitable dans les circonstances» après le décès du testateur.

Les obligations légales imposées au testateur de son vivant traduisent une attente sociale claire et sans équivoque, exprimée par les représentants élus de la société et la jurisprudence de ses tribunaux. Lorsqu'il est question d'assurer la subsistance du conjoint, les obligations légales du testateur de son vivant peuvent être puisées dans la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), la législation relative aux biens familiaux et dans le droit de la fiducie par interprétation: *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Assurer l'entretien et pourvoir aux

hand, they may not. Statute and case law accepts that, depending on the length of the relationship, the contribution of the claimant spouse and the desirability of independence, each spouse is entitled to a share of the estate. Spouses are regarded as partners. As L'Heureux-Dubé J. wrote in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 849:

... marriage is, among other things, an economic unit which generates financial benefits The [Divorce] Act reflects the fact that in today's marital relationships, partners should expect and are entitled to share those financial benefits.

The legal obligation of a testator may also extend to dependent children. And in some cases, the principles of unjust enrichment may indicate a legal duty toward a grown, independent child by reason of the child's contribution to the estate. The legal obligations which society imposes on a testator during his lifetime are an important indication of the content of the legal obligation to provide "adequate, just and equitable" maintenance and support which is enforced after death.

For further guidance in determining what is "adequate, just and equitable", the court should next turn to the testator's moral duties toward spouse and children. It is to the determination of these moral duties that the concerns about uncertainty are usually addressed. There being no clear legal standard by which to judge moral duties, these obligations are admittedly more susceptible of being viewed differently by different people. Nevertheless, the uncertainty, even in this area, may not be so great as has been sometimes thought. For example, most people would agree that although the law may not require a supporting spouse to make provision for a dependent spouse after his death, a strong moral obligation to do so exists if the size of the estate permits. Similarly, most people would agree that an adult dependent child is entitled to such consideration as the size of the estate and the testator's other obligations may allow. While the moral claim of independent adult

besoins essentiels peuvent être suffisants pour satisfaire à cette obligation légale, mais peuvent également ne pas l'être. La loi et la jurisprudence conviennent que, selon la durée de la relation, la contribution du conjoint requérant et l'opportunité de permettre l'indépendance, chaque conjoint a droit à une part du patrimoine. Les conjoints sont considérés comme des partenaires. Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a écrit dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 849:

... le mariage est, entre autres choses, une unité économique qui engendre des avantages financiers [...]. La Loi [sur le divorce] reflète le fait que dans les rapports matrimoniaux d'aujourd'hui, les partenaires doivent s'attendre, et ont droit, au partage de ces avantages financiers.

L'obligation légale du testateur peut également s'étendre aux enfants à charge. Et, dans certains cas, les principes d'enrichissement sans cause peuvent montrer l'existence d'une obligation légale envers l'enfant adulte qui n'est pas à charge, mais qui a contribué au patrimoine. Les obligations légales que la société impose au testateur de son vivant sont un indice important de l'obligation légale de pourvoir à ce qui constitue un entretien et une subsistance «convenables, justes et équitables», qui est appliquée après la mort.

Afin de pouvoir mieux déterminer ce qui est «convenable, juste et équitable», la cour devrait ensuite se pencher sur les obligations morales du testateur à l'égard de son conjoint et de ses enfants. C'est vers la détermination de ces obligations morales que les préoccupations relatives à l'incertitude sont généralement dirigées. Comme il n'existe aucune norme légale claire qui permette de déterminer les obligations morales, ces dernières sont sans conteste plus susceptibles d'être perçues différemment par différentes personnes. Néanmoins, l'incertitude, même dans ce domaine, n'est peut-être pas aussi importante qu'on l'a quelquefois estimée. Par exemple, la plupart des gens conviendraient que, bien que le droit puisse ne pas exiger d'une personne qu'elle assure la subsistance de son conjoint à charge après son décès, une forte obligation morale de le faire existe si la valeur de la succession le permet. De même, la plupart des gens conviendraient que l'enfant adulte à charge a

children may be more tenuous, a large body of case law exists suggesting that, if the size of the estate permits and in the absence of circumstances which negate the existence of such an obligation, some provision for such children should be made: *Brauer v. Hilton* (1979), 15 B.C.L.R. 116 (C.A.); *Cowan v. Cowan Estate* (1988), 30 E.T.R. 216 (B.C.S.C.), aff'd (1990), 37 E.T.R. 308 (B.C.C.A.); *Nulty v. Nulty Estate* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 343 (C.A.). See also *Price v. Lypchuk Estate*, supra, and *Bell v. Roy Estate* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 213 (C.A.) for cases where the moral duty was seen to be negated.

How are conflicting claims to be balanced against each other? Where the estate permits, all should be met. Where priorities must be considered, it seems to me that claims which would have been recognized during the testator's life — i.e., claims based upon not only moral obligation but legal obligations — should generally take precedence over moral claims. As between moral claims, some may be stronger than others. It falls to the court to weigh the strength of each claim and assign to each its proper priority. In doing this, one should take into account the important changes consequent upon the death of the testator. There is no longer any need to provide for the deceased and reasonable expectations following upon death may not be the same as in the event of a separation during lifetime. A will may provide a framework for the protection of the beneficiaries and future generations and the carrying out of legitimate social purposes. Any moral duty should be assessed in the light of the deceased's legitimate concerns which, where the assets of the estate permit, may go beyond providing for the surviving spouse and children.

I add this. In many cases, there will be a number of ways of dividing the assets which are adequate,

droit à la même considération dans la mesure où la valeur de la succession et les autres obligations du testateur le permettent. La prétention morale des enfants adultes indépendants peut être plus faible mais, selon un volume considérable de jurisprudence, si la valeur de la succession le permet et en l'absence de circonstances rejetant l'existence d'une telle obligation, la subsistance de ces enfants devrait être assurée d'une certaine façon: *Brauer c. Hilton* (1979), 15 B.C.L.R. 116 (C.A.); *Cowan c. Cowan Estate* (1988), 30 E.T.R. 216 (C.S.C.-B.), conf. par (1990), 37 E.T.R. 308 (C.A.C.-B.); *Nulty c. Nulty Estate* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 343 (C.A.). Voir également *Price c. Lypchuk Estate*, précité, et *Bell c. Roy Estate* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 213 (C.A.), où l'obligation morale a été considérée comme étant rejetée.

Comment contrebalancer des prétentions contradictoires? Si la succession le permet, on devrait faire droit à chacune. S'il faut établir des priorités, il me semble que les prétentions qui auraient été reconnues du vivant du testateur — c'est-à-dire celles qui sont fondées non seulement sur les obligations morales mais aussi sur les obligations légales — devraient en général avoir préséance sur les prétentions morales. Parmi les prétentions morales, certaines peuvent être plus importantes que d'autres. Il appartient au tribunal de soupeser l'importance de chaque prétention et d'attribuer à chacune le rang qu'elle mérite. En ce faisant, on doit tenir compte des changements importants qu'entraîne le décès du testateur. Il n'y a plus lieu d'assurer la subsistance du défunt et les attentes raisonnables après un décès ne sont peut-être pas les mêmes qu'à la suite d'une séparation du vivant des deux conjoints. On peut, dans un testament, prévoir un mode de protection des bénéficiaires et des générations futures et vouloir réaliser des objectifs sociaux légitimes. Toute obligation morale doit être évaluée en fonction des préoccupations légitimes du défunt qui, lorsque la valeur de la succession le permet, peuvent aller au delà d'assurer la subsistance du conjoint et des enfants survivants.

De plus, dans de nombreux cas, il existe diverses manières de partager les biens de façon conve-

just and equitable. In other words, there will be a wide range of options, any of which might be considered appropriate in the circumstances. Provided that the testator has chosen an option within this range, the will should not be disturbed. Only where his or her obligations as defined by reference to legal and moral norms, should the court make an order which achieves the justice the testator failed to achieve. In the absence of other evidence a will should be seen as reflecting the means chosen by the testator to meet his legitimate concerns and provide for an ordered administration and distribution of his estate in the best interests of the persons and institutions closest to him. It is the exercise by the testator of his freedom to dispose of his property and is to be interfered with not lightly but only in so far as the statute requires.

Application of the Test to This Case

I turn first to the legal responsibilities which lay on the testator during his life. His only legal obligations were toward Mrs. Tataryn. While they had not crystallized, since the parties were living together at the time of death, they nevertheless existed. The testator's first obligation was to provide maintenance for Mrs. Tataryn. But his legal obligation did not stop there. The marriage was a long one. Mrs. Tataryn had worked hard and contributed much to the assets she and her husband acquired. There are no factors, such as incompetence, negating her entitlement. Under the *Divorce Act* and the *Family Relations Act* she would have been entitled to maintenance and a share in the family assets had the parties separated. At a minimum, she must be given this much upon the death of her spouse.

I turn next to the moral claims on the testator. The highest moral claim arises from the fact that Mrs. Tataryn has outlived her husband and must be provided for in the "extra years" which fate has accorded her. This is not a legal claim in the sense of a claim which the law would have enforced during the testator's lifetime. It is, however, a moral claim of a high order on the facts of this case. Mr.

nable, juste et équitable. En d'autres termes, il y aura une vaste gamme d'options, celles-ci pouvant toutes être considérées comme appropriées dans les circonstances. Si le testateur a choisi une option dans cette gamme, le testament ne devrait pas être modifié. Ce n'est que si le testateur a choisi une option qui ne respecte pas ses obligations, déterminées par renvoi aux normes légales et morales, que le tribunal devrait rendre une ordonnance qui pallie le défaut de justice du testateur. En l'absence d'autre preuve, un testament doit être considéré comme le moyen choisi par le testateur pour répondre à ses préoccupations légitimes et prévoir une administration et une distribution ordonnées de sa succession dans l'intérêt des personnes et des institutions lui tenant le plus à cœur. C'est l'exercice par le testateur de la liberté de disposer de ses biens et il ne doit pas être modifié à la légère mais seulement dans la mesure où la loi l'exige.

Application du critère à l'espèce

J'examine d'abord les responsabilités légales dont le testateur devait s'acquitter pendant sa vie. Ses seules obligations légales étaient envers M^{me} Tataryn. Bien qu'elles ne se soient pas cristallisées, puisque les parties vivaient ensemble au moment du décès, elles existaient néanmoins. Le testateur était premièrement tenu de pourvoir à l'entretien de M^{me} Tataryn. Son obligation légale ne s'arrêtait toutefois pas là. Ils ont été mariés de nombreuses années. M^{me} Tataryn a travaillé fort et elle a grandement contribué aux biens qu'elle et son époux ont acquis. Aucun facteur, comme l'incapacité, ne nie son droit. En vertu de la *Loi sur le divorce* et de la *Family Relations Act*, elle aurait eu droit à ce qu'il soit pourvu à son entretien et à recevoir une part des biens familiaux, si elle et son époux s'étaient séparés. C'est, à tout le moins, ce qu'elle doit recevoir au décès de son époux.

Je me penche maintenant sur les prétentions morales à l'égard du testateur. La prétention morale la plus importante naît du fait que M^{me} Tataryn a survécu à son époux et que sa subsistance doit être assurée pendant les «années supplémentaires» que le destin lui a accordées. Il ne s'agit pas d'une prétention légale de la nature de celle que le droit aurait imposée au testateur de son

and Mrs. Tataryn regarded their estate as being there to provide for their old age. It cannot be just and equitable to deprive Mrs. Tataryn of that benefit simply because her husband died first. To confine her to such sums as her son may see fit to give her, as the testator proposed, fails to recognize her deserved and desirable independence and constitutes inadequate recognition of her moral claim.

The remaining moral claims on the testator are those of the two grown and independent sons. The testator gave nothing to one, everything to the other, subject to his provision of money to Mrs. Tataryn. The moral claims of the sons cannot be put very high. There is no evidence that either contributed much to the estate.

The "legal claims" of Mrs. Tataryn entitle her to at least half the estate and arguably to additional maintenance. Additionally, her "moral claim" to the funds set aside for old age is strong. These claims indicate that an "adequate, just and equitable" provision for her requires giving her the bulk of the estate. The moral claim of the sons is adequately met by the immediate gift of \$10,000 awarded by the trial judge to each of them and a residuary interest in a portion of the property upon the death of Mrs. Tataryn. It may be noted that neither son contested the trial judge's order giving John a portion of the estate.

Disposition

I would allow the appeal and substitute the following order for that of the trial judge:

1. To Mrs. Tataryn:

- (a) Title to the matrimonial home;
- (b) A life interest in the rental property;

vivant. C'est toutefois une prétention morale de première importance compte tenu des faits de l'espèce. Aux yeux de M. et Mme Tataryn, leur patrimoine devait les aider à vivre leurs vieux jours. Il ne peut être juste et équitable de priver Mme Tataryn de ce bénéfice pour le simple motif que son époux est décédé avant elle. La confiner aux sommes que son fils estime juste de lui verser, comme l'a proposé le testateur, ne reconnaît pas son indépendance méritée et souhaitable et constitue une reconnaissance inadéquate de sa prétention morale.

Enfin, les deux fils adultes et indépendants ont des prétentions morales à l'égard du testateur. Ce dernier n'a rien légué à l'un, et tout à l'autre, à charge par lui de verser de l'argent à Mme Tataryn. Les prétentions morales des fils ne peuvent recevoir une très grande reconnaissance. Il n'y a aucune preuve que l'un ou l'autre ait contribué sensiblement au patrimoine.

Les «prétentions légales» de Mme Tataryn lui donnent droit à au moins la moitié de la succession et, pourrait-on soutenir, à un soutien supplémentaire. En outre, sa «prétention morale» à l'argent mis de côté en prévision des vieux jours est solide. Ces prétentions indiquent qu'à son égard, ce qui est convenable, juste et équitable» doit consister en la plus grosse part de la succession. La prétention morale des fils est convenablement reconnue par le legs immédiat à chacun d'eux de la somme de 10 000 \$, ordonné par le juge de première instance, et un intérêt résiduaire dans une part des biens au décès de Mme Tataryn. Il convient de signaler que ni l'un ni l'autre n'a contesté la décision du juge de première instance d'accorder à John une part de la succession.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de substituer l'ordonnance suivante à celle du juge de première instance:

1. À Mme Tataryn:

- a) Droit de propriété sur la résidence familiale;
- b) Intérêt viager sur le bien locatif;

- (c) The entire residue of the estate after payment of the immediate gifts to the sons.
2. To each son: an immediate gift of \$10,000;
3. Upon the death of Mrs. Tataryn: the rental property to be divided between John and Edward in the shares suggested by the trial judge for division of the residue, being one-third to John and two-thirds to Edward.
4. Costs from the estate.
- c) Reliquat de la succession après le paiement des legs immédiats aux fils.
2. À chaque fils: un legs immédiat de 10 000 \$;
3. Au décès de M^{me} Tataryn: le partage du bien locatif entre John et Edward dans les proportions proposées par le juge de première instance quant au partage du reliquat, soit un tiers à John et deux tiers à Edward.
4. Dépens à prendre sur la succession.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McLachlan Brown Anderson, Vancouver.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: McLachlan Brown Anderson, Vancouver.

Lorne François *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FRANÇOIS

File No.: 23677.

1994: May 5; 1994: July 14.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused charged with rape — Complainant's evidence containing inconsistencies concerning number of times she was raped and conflicting with prior sworn statements indicating that she had never been sexually abused — Complainant offering explanations for inconsistencies — Accused not testifying in his defence — Whether guilty verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Evidence — Inferences — Failure to testify — Accused charged with rape — Complainant's evidence containing several inconsistencies — Complainant offering explanations for inconsistencies — Accused not testifying in his defence — Jury during deliberation asking trial judge for clarification on accused's right to testify — Guilty verdict rendered shortly after trial judge's answer to jury's question — Whether jury drew improper inference from accused's failure to testify.

The accused was charged with rape. The only evidence at the trial was that of the complainant, who testified that, during the year her family lived next door to the accused in the early 1980s, she was regularly sent to his home to make phone calls since her family did not have a telephone, and that the accused raped her on several occasions. She was 13 years old at the time. The complainant reported the incidents only 10 years later, stating that she was afraid to tell anyone because of what the accused could do to her. Her cross-examination disclosed inconsistencies concerning the number of times she was raped by the accused. In her first statement to the police, she said it had happened three times;

Lorne François *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. FRANÇOIS

^b N° du greffe: 23677.

1994: 5 mai; 1994: 14 juillet.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci et Major.^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusation de viol — Témoignage de la plaignante contenant des incohérences au sujet du nombre de fois où elle a été violée et contredisant des déclarations antérieures faites sous serment selon lesquelles elle n'avait jamais été victime d'abus sexuels — Explications de la plaignante au sujet des incohérences — Accusé ne témoignant pas pour sa défense — Le verdict de culpabilité était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Preuve — Conclusions — Omission de témoigner — Accusation de viol — Plusieurs incohérences dans le témoignage de la plaignante — Explications de la plaignante au sujet des incohérences — Accusé ne témoignant pas pour sa défense — Jurés en délibération demandant au juge du procès des précisions sur le droit de témoigner de l'accusé — Verdict de culpabilité rendu peu après la réponse du juge du procès à la question des jurés — Les jurés ont-ils tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'accusé?

^h L'accusé a été accusé de viol. Seule la plaignante a témoigné au procès et elle a déclaré que, pendant l'année où sa famille a habité à côté de chez l'accusé au début des années 1980, on l'envoyait régulièrement téléphoner chez ce dernier parce que sa famille n'avait pas le téléphone, et que l'accusé l'a violée à maintes reprises. Elle avait 13 ans à l'époque. La plaignante n'a signalé les incidents que 10 ans plus tard, affirmant qu'elle avait eu peur d'en parler à quelqu'un en raison de ce que l'accusé pourrait lui faire. Le contre-interrogatoire de la plaignante a révélé des incohérences concernant le nombre de fois où elle a été violée par l'accusé. Dans sa première déclaration à la police, elle a dit que

at the preliminary inquiry, she put the number at five or six, and at trial at 10 to 20. The complainant explained this by saying that it was "hard to put a number [on] exactly how many times these things happen to you". In cross-examination, she was also confronted with two statements inconsistent with her allegations about the accused, the first one made in 1987 in child support proceedings where she swore that she was a virgin prior to 1985, and the second in 1989 in wardship proceedings, where she swore that she had never been sexually abused. The complainant explained that she believed the statements were true at the time she made them, because she had blocked out the incidents involving the accused until her memory returned in a flashback in 1990. The complainant testified that this flashback occurred during a period when she was being interviewed by police and children's aid workers in connection with further wardship proceedings concerning her son, where she was told that part of the process to get him back might be admitting things that had happened to her. The complainant denied in cross-examination that the pressure she was experiencing caused the flashbacks. The accused did not testify. The jury after deliberating for two hours asked for clarification as to the accused's right to testify in his defence. The trial judge answered and, 10 minutes later, the jury returned with a verdict of guilty. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction. This appeal raises two issues: (1) whether the verdict should be set aside because the jury drew an improper inference from the accused's failure to testify; and (2) whether the verdict was unreasonable and should be set aside under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*.

Held (Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: The first ground of appeal cannot succeed. Since the inferences the jury drew in this case cannot be known, in determining whether the jury may have drawn an improper inference from the accused's failure to testify would require speculation as to what the jury did. In any event, while an accused's failure to testify cannot be used to shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt, a jury is per-

c'était arrivé trois fois; à l'enquête préliminaire, elle a avancé le nombre de cinq ou six fois et, au procès, le nombre de 10 à 20 fois. La plaignante s'est justifiée en disant qu'il était «difficile d'indiquer le nombre exact de fois où ce genre de choses vous arrive». En contre-interrogatoire, elle a également été mise en présence de deux déclarations contredisant ses allégations concernant l'accusé, la première faite en 1987 dans une instance où elle réclamait des aliments pour son enfant, dans laquelle elle affirmait sous serment avoir conservé sa virginité jusqu'en 1985, et la deuxième, en 1989 dans une instance de tutelle, dans laquelle elle disait n'avoir jamais été victime d'abus sexuels. La plaignante a expliqué qu'elle croyait que ces déclarations étaient véridiques à l'époque où elle les a faites, parce qu'elle avait refoulé les événements impliquant l'accusé jusqu'à ce que ceux-ci remontent à la surface en 1990. La plaignante a témoigné que cette réminiscence est survenue à une époque où elle était interrogée par la police et des travailleurs sociaux d'aide à l'enfance en rapport avec une autre instance de tutelle concernant son fils, où on lui a dit que, pour ravoir la garde de son fils, elle pourrait notamment reconnaître des choses qui lui étaient arrivées. Contre-interrogée, la plaignante a nié que la pression ressentie ait été à l'origine des réminiscences. L'accusé n'a pas témoigné. Après deux heures de délibération, les jurés ont demandé des précisions au sujet du droit de l'accusé de témoigner pour sa propre défense. Le juge du procès a répondu et les jurés sont revenus, 10 minutes plus tard, prononcer un verdict de culpabilité. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Y avait-il lieu d'annuler le verdict pour le motif que les jurés avaient tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'accusé? Et (2) le verdict prononcé était-il déraisonnable et devrait-il être annulé en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*?

Arrêt (les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Le premier moyen d'appel ne saurait être retenu. Comme il n'est pas possible de savoir quelles conclusions les jurés ont tirées en l'espèce, il faudrait conjecturer sur ce qu'ils ont fait pour déterminer s'ils peuvent avoir tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'accusé. De toute façon, même si l'omission de témoigner d'un accusé ne peut pas servir à consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé

mitted to draw an adverse inference from the failure of an accused to testify.

The function of a court of appeal, under s. 686(1)(a)(i) of the *Code*, is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. In order to apply the test the court of appeal must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This rule also applies to cases where the objection to the conviction is based on credibility. In such cases, the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. Review for credibility may involve consideration of the basis for conclusions which the witness has drawn. More problematic is a challenge to credibility based on the witness's alleged lack of truthfulness and sincerity, the problem posed in this appeal. A court of appeal reviewing a jury verdict on the basis of credibility cannot, however, infer from the mere presence of contradictory details or motives to concoct that the jury's verdict is unreasonable. A jury may deal with inconsistencies and motive to concoct in a variety of ways and its verdict based on such evidence may very well be both reasonable and lawful. Here, the verdict was not unreasonable. The complainant gave a detailed and largely consistent account of what had happened to her and offered an explanation for each of the alleged inconsistencies concerning the number of times she was raped and her sexual history. It was for the jury to weigh the significance, if any, of the inconsistencies and to determine whether they had been neutralized by the complainant's explanations. It was thus open to the jury to accept those explanations and, if they did, the inconsistencies lost their power to raise a reasonable doubt with respect to the accused's guilt. It was also for the jury to determine, on the basis of common sense and experience, whether they believed the complainant's story of repressed and recovered memory, and whether the recollection she experienced in 1990 was the truth. The jury's acceptance of the complainant's evidence concerning what happened to her cannot, on the basis of the record, be characterized as unreasonable. In sum, the verdict was not illogical or speculative or inconsistent with the main body of the evidence.

Per Sopinka, Cory and Major JJ. (dissenting): There is more than one inference that can be drawn from the accused's failure to testify and there is no reason to assume the jury drew the wrong one, using the lack of

hors de tout doute raisonnable, un jury peut tirer une conclusion défavorable de l'omission de témoigner d'un accusé.

Le rôle d'une cour d'appel, en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code*, n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Pour appliquer le critère, la cour d'appel doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer. Cette règle s'applique également aux cas où l'opposition à la déclaration de culpabilité se fonde sur la crédibilité. En pareils cas, la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. L'examen de la crédibilité peut exiger que l'on étudie ce sur quoi se fondent les conclusions que le témoin a tirées. Plus problématique est la contestation de la crédibilité fondée sur la prétendue absence de véracité et de sincérité du témoin, problème qui se pose dans le présent pourvoi. Une cour d'appel qui examine le verdict d'un jury sous l'angle de la crédibilité ne peut toutefois pas conclure de la simple présence de détails contradictoires ou de raisons d'inventer que le verdict du jury est déraisonnable. Le jury peut traiter de diverses façons les incohérences et la raison d'inventer, et son verdict fondé sur un tel témoignage peut très bien être à la fois raisonnable et légitime. Ici, le verdict n'était pas déraisonnable. La plaignante a donné un compte rendu détaillé et très cohérent de ce qui lui était arrivé et a offert une explication pour chacune des prétendues incohérences concernant sa vie sexuelle et le nombre de fois où elle a été violée. Il appartenait aux jurés d'évaluer, s'il y avait lieu, l'importance des incohérences et de déterminer si elles avaient été neutralisées par les explications de la plaignante. Il était donc loisible aux jurés d'accepter ces explications et, s'ils le faisaient, les incohérences perdaient leur pouvoir de soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il appartenait également aux jurés de déterminer, en fonction du bon sens et de leur expérience, s'ils croyaient l'histoire de la plaignante concernant les souvenirs refoulés et ravivés et si ces souvenirs qui avaient refait surface en 1990 étaient véridiques. L'acceptation par les jurés du témoignage de la plaignante au sujet de ce qui lui était arrivé ne saurait être qualifiée de déraisonnable, compte tenu du dossier. Somme toute, le verdict n'était pas illogique, conjectural ou incompatible avec la preuve principale.

Les juges Sopinka, Cory et Major (dissidents): Il y a plus d'une conclusion qui peut être tirée de l'omission de témoigner de l'accusé et il n'y a aucune raison de présumer que les jurés ont tiré la mauvaise en utilisant le

testimony by the accused to strengthen the Crown's case to a point where they felt safe in convicting. It is impossible to know what took place either in the jury room or in the minds of the individual jurors and a jury's verdict cannot be interfered with on the basis of speculation.

In enacting s. 686(1)(a)(i) of the *Code*, Parliament has given appellate courts the jurisdiction to interfere with a jury verdict on occasion, even where there is no error of law, but purely on the basis of unreasonableness. When considering an appeal under that section, the function of the appellate court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. In order to apply the test, the court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This test equally applies to cases where the verdict is based on findings of credibility. The deference to be shown to a trier of fact on questions of credibility, while high, is not absolute. Finally, it is not necessary to find an error or omission in the Court of Appeal's reasoning before this Court can interfere with their decision. When considering the reasonableness of a verdict under s. 686(1)(a)(i), this Court is entitled, and obligated, to consider the matter anew. In this case, the majority of the Court of Appeal erred in holding that the verdict was not unreasonable. The question asked by the jury, which was irrelevant to the consideration of this issue, appears to have diverted the Court of Appeal's attention from the obligation to re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. When the complainant's evidence is fully reviewed, and allowing for the advantage enjoyed by the jury in assessing the complainant's credibility, it is unreasonable that the jury did not have at least a reasonable doubt as to the accused's guilt, given the vital inconsistencies in the complainant's evidence on central matters and the suspicious circumstances of the flashbacks.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Kolnberger v. The Queen*, [1969] S.C.R. 213; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R.

défaut de témoigner de l'accusé pour renforcer la preuve du ministère public au point où ils ont jugé prudent de prononcer la déclaration de culpabilité. Il est impossible de savoir ce qui s'est passé dans la salle des jurés ou dans l'esprit de chacun d'eux et on ne saurait modifier le verdict d'un jury en se fondant sur des conjectures.

En adoptant le sous-al. 686(1)a(i) du *Code*, le législateur a donné aux cours d'appel le pouvoir de modifier à l'occasion le verdict d'un jury simplement parce qu'il est déraisonnable, même s'il n'y a aucune erreur de droit. Dans l'examen d'un appel fondé sur ce sous-alinéa, le rôle de la cour d'appel n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Pour appliquer le critère, la cour doit réexaminer et, dans une certaine mesure, réévaluer et étudier les effets du témoignage. Ce critère s'applique également aux cas où le verdict est fondé sur des conclusions en matière de crédibilité. Bien qu'il faille faire preuve d'un grand respect envers le juge des faits, relativement à des questions de crédibilité, ce respect n'est toutefois pas absolu. Enfin, il n'est pas nécessaire de conclure à l'existence d'une erreur ou d'une omission dans le raisonnement de la Cour d'appel pour que notre Cour puisse modifier sa décision. Lorsqu'elle examine si un verdict est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i), notre Cour a le droit et est obligée d'étudier la question de nouveau. En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en concluant que le verdict n'était pas déraisonnable. Même si elle ne devait pas être retenue comme un élément pertinent, la question posée par les jurés semble avoir détourné l'attention de la Cour d'appel de son obligation de réexaminer et, dans une certaine mesure, de réévaluer et d'étudier les effets du témoignage. Si on procède à un examen complet du témoignage de la plaignante et si on tient compte de l'avantage dont jouissaient les jurés pour évaluer la crédibilité de la plaignante, il est déraisonnable que les jurés n'aient pas eu au moins un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, étant donné les incohérences fondamentales sur des points essentiels que l'on constate dans le témoignage de la plaignante et les circonstances suspectes des réminiscences.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Kolnberger c. La Reine*, [1969] R.C.S. 213; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S.

168; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355; *R. v. Darnell and Newstead* (1978), 40 C.C.C. (2d) 220; *R. v. Chevrier* (1992), 49 Q.A.C. 37, rev'd [1993] 2 S.C.R. 226 (*sub nom. R. v. C. (R.)*).

By Major J. (dissenting)

R. v. W. (R.), [1992] 2 S.C.R. 122; *Kolnberger v. The Queen*, [1969] S.C.R. 213; *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(i) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 14 O.R. (3d) 191, 64 O.A.C. 140, 82 C.C.C. (3d) 441, 21 C.R. (4th) 350, dismissing the accused's appeal from his conviction for sexual assault. Appeal dismissed, Sopinka, Cory and Major JJ. dissenting.

Bruce Duncan, for the appellant.

James K. Stewart, for the respondent.

The judgment of La Forest, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides that on the hearing of an appeal against a conviction, a court of appeal may allow the appeal where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence. The main issue before us is whether this is such a case.

I — The Background

The accused is charged with having repeatedly raped the complainant, a 13-year-old girl. She was the only witness at the trial, held 10 years later. The accused did not testify. Her story may be summarized as follows.

168; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355; *R. c. Darnell and Newstead* (1978), 40 C.C.C. (2d) 220; *R. c. Chevrier* (1992), 49 Q.A.C. 37, inf. par [1993] 2 R.C.S. 226 (*sub nom. R. c. C. (R.)*).

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. W. (R.), [1992] 2 R.C.S. 122; *Kolnberger c. La Reine*, [1969] R.C.S. 213; *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 691(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 14 O.R. (3d) 191, 64 O.A.C. 140, 82 C.C.C. (3d) 441, 21 C.R. (4th) 350, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, Cory et Major sont dissidents.

Bruce Duncan, pour l'appellant.

James K. Stewart, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Le sous-alinéa 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit que, lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité, une cour d'appel peut admettre l'appel, si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. La principale question dont nous sommes saisis est de savoir si c'est le cas en l'espèce.

I — Les faits

L'accusé est inculpé d'avoir violé à maintes reprises la plaignante alors qu'elle était âgée de 13 ans. Cette dernière a été la seule personne à témoigner au procès qui s'est tenu 10 ans plus tard. L'accusé n'a pas témoigné. L'histoire de la plaignante peut se résumer ainsi.

At the time in question, the complainant lived with her family next door to the accused. Her family did not have a telephone. She was often sent to the accused's house to place calls which her family wanted placed. She was the family "gopher"; it was her job to make the calls. On one such occasion, late in the afternoon or early evening — she recollected that it must have been a weekend because her father was home — she went next door to use the phone. She knocked at the accused's door and when he answered put her request. He let her in and closed the door behind her. She went to the living room. The telephone was on a stand, by the window just inside the door on the other side of a big armchair. There was also a couch, a television, a bookstand and a coffee table in the room. She sat in the big armchair and made her call.

When she went to get up from the armchair to leave, the accused seized her and pulled her over to the couch, where he laid her down. She recalled lying on the couch, with her feet touching the floor. The accused said nothing to her. He began feeling her over the top of her clothes with his hand, fondling her breasts and her private area between her legs. She was wearing either jeans or jogging pants, with a sweater or t-shirt, over a training bra and underwear. She testified that she lay on the couch in a state of shock as the appellant fondled her. She did not know why he wanted to do this. The accused proceeded to pull down her pants and underwear and forced her to have sexual intercourse with him, which she described to the jury in detail. She said she was frightened: "I felt a lot of terror inside." When he had finished, the accused told the complainant not to tell anyone else, "or else". In pain, she dressed and went home. The rapes were repeated on other occasions when she was sent to use the phone.

The complainant never told anyone about the incidents until 1990 when she told the police. She

À l'époque en question, la plaignante habitait avec sa famille à côté de chez l'accusé. Sa famille n'avait pas le téléphone. On l'envoyait souvent chez l'accusé faire des appels téléphoniques pour sa famille. C'était elle qui faisait les courses de la famille; elle était chargée des appels téléphoniques. À une occasion semblable, en fin d'après-midi ou en début de soirée — elle s'est souvenue que ce devait être durant la fin de semaine parce que son père était à la maison — elle s'est rendue chez le voisin pour téléphoner. Elle a frappé à la porte de l'accusé et, lorsqu'il a répondu, elle lui a demandé la permission de téléphoner. Il l'a fait entrer et a fermé la porte derrière elle. Elle s'est dirigée vers la salle de séjour. Le téléphone se trouvait sur un guéridon, près de la fenêtre juste après la porte, de l'autre côté d'un gros fauteuil. Il y avait également un sofa, un téléviseur, une bibliothèque et une petite table basse dans la pièce. Elle s'est assise dans le gros fauteuil et a téléphoné.

Comme elle allait se lever pour partir, l'accusé l'a attrapée et entraînée jusqu'au sofa, sur lequel il l'a étendue. Elle s'est souvenue qu'elle était couchée sur le sofa et que ses pieds touchaient le sol. L'accusé ne lui a rien dit. Il a commencé à passer sa main sur ses vêtements et à lui caresser les seins et l'entre cuisses. Elle portait alors un jean ou un pantalon de jogging, ainsi qu'un chandail ou un tee-shirt, par-dessus un soutien-gorge d'entraînement et des sous-vêtements. Elle a témoigné qu'elle était étendue sur le sofa, en état de choc, pendant que l'appelant la caressait. Elle ne savait pas pourquoi il voulait faire cela. L'accusé s'est mis à lui baisser le pantalon et les sous-vêtements et l'a forcée à avoir avec lui des rapports sexuels qu'elle a décrits en détail aux jurés. Elle a dit qu'elle était effrayée: [TRADUCTION] «Je ressentais une très grande peur.» Lorsqu'il eut terminé, l'accusé a dit à la plaignante de garder cela pour elle, [TRADUCTION] «sinon». Souffrante, elle s'est rhabillée et est rentrée chez elle. Les viols se sont reproduits à d'autres occasions quand on l'envoyait téléphoner.

La plaignante n'a jamais parlé de ces incidents à qui que ce soit jusqu'en 1990, lorsqu'elle en a

stated that she was afraid to tell anyone because of what the accused might do to her. She told her parents that she did not want to go over to the accused's house to make other calls, but they kept asking why; afraid to tell them, she went back. She testified that she never wanted to have intercourse with the accused, and that during this time she felt frightened, dirty and cheap. After the family moved, the sexual assaults ceased.

On two occasions between the sexual assaults and the time she told the police, the complainant made statements which appeared to be in conflict with her allegations about the accused. Both were related to proceedings about her children. In 1987 she appeared before a judge in Brockville seeking support for her son from the man she alleged was his father. She testified that she had not had sex with anyone else before this man. During proceedings in 1989 to regain custody of her son, who was in the care of the Children's Aid Society, she swore in an affidavit: "I have never been party to nor have I ever permitted my son to be abused either sexually or physically."

Cross-examined on these statements, the complainant stated that she had not lied since at the time, she believed these statements to be true. She explained she had blocked the sexual assaults by the accused out of her mind. She testified that this memory block had lasted from the early 1980s until January 17, 1990. In 1990 she had been attending at the Children's Aid Society offices for supervised visits with her son. She wanted to get her son back. The people at the Society and the police, who had an office there, were discussing this with her. They wanted information from her. She was told that her cooperation both with respect to her son and events concerning herself would help her get her son back. They indicated to her that part of the process might be admitting things that had happened to her. One evening, she

parlé à la police. Elle a déclaré qu'elle avait peur d'en parler à quelqu'un en raison de ce que l'accusé pourrait lui faire. Elle a dit à ses parents qu'elle ne voulait pas retourner chez l'accusé pour faire d'autres appels téléphoniques, mais ils ne cessaient de lui demander pourquoi; comme elle avait peur de leur dire, elle y est retournée. Elle a témoigné qu'elle n'avait jamais voulu avoir des rapports sexuels avec l'accusé et que, pendant cette période, elle se sentait effrayée, sale et honteuse. Les agressions sexuelles ont cessé après que la famille eut déménagé.

À deux reprises entre les agressions sexuelles et le moment où elle a parlé aux policiers, la plaignante a fait des déclarations qui paraissaient contredire ses allégations au sujet de l'accusé. Ces déclarations se rapportaient toutes deux à une instance concernant ses enfants. En 1987, elle a comparu devant un juge à Brockville afin d'obtenir pour son fils une pension alimentaire de l'homme qui, prétendait-elle, en était le père. Elle a témoigné n'avoir eu de rapports sexuels avec personne d'autre avant cet homme. Durant l'instance de 1989 visant à ravoir la garde de son fils qui avait été confiée à la Société d'aide à l'enfance, elle a déclaré dans un affidavit: [TRADUCTION] «Je n'ai jamais permis que mon fils soit victime d'abus sexuels ou de mauvais traitements, ni n'ai jamais été complice de telles choses.»

Contre-interrogée sur ces déclarations, la plaignante a soutenu qu'elle n'avait pas menti puisqu'à l'époque elle croyait que ces déclarations étaient véridiques. Elle a expliqué qu'elle avait refoulé les agressions sexuelles commises par l'accusé. Elle a témoigné que ce refoulement avait duré du début des années 80 jusqu'au 17 janvier 1990. En 1990, elle s'était rendue aux bureaux de la Société d'aide à l'enfance pour visiter son fils sous surveillance. Elle voulait ravoir la garde de son fils. Les gens de la Société et la police, qui y avait un bureau, en discutaient avec elle. Ils voulaient obtenir d'elle des renseignements. On lui a dit que, si elle coopérait en ce qui avait trait tant à son fils qu'à des événements la concernant, cela l'aiderait à ravoir la garde de son fils. Ils lui ont indiqué qu'il pourrait s'agir notamment de recon-

thought while she was watching television with a cup of coffee, the memory of the events with the accused came back to her. She wrote them down on a piece of paper. The next day she went to the police and told them about Mr. François.

While admitting that she felt under pressure at the time of what defence counsel called the "flashback", due to her circumstances and her desire to get her son back, the complainant denied that the police were hounding her:

Q. Had you been hounded before you gave the statement about Mr. François?

A. No it was after that statement.

She also denied that the pressure she felt caused the "flashback":

Q. And given the pressure of the situation and all of those things about your son in your mind eventually you told the police about an incident with respect to Mr. François, correct?

A. It wasn't like due to the pressure and that, it happened.

Q. It happened.

A. It happened and I felt the trust within the police to go to them and to tell them what had happened.

II — The Issues

Two issues were raised on appeal. First, it was suggested that the jury's verdict should be set aside because the jury may have drawn an improper inference from the accused's failure to testify, as evidenced by the return of a verdict shortly after putting a question concerning the accused's right not to testify. The second and principal ground of appeal is that the jury's verdict of guilty was unreasonable and should be set aside under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*.

naître des choses qui lui étaient arrivées. Un soir, alors qu'elle réfléchissait en regardant la télévision tout en prenant une tasse de café, elle s'est remémorée les événements survenus avec l'accusé. Elle a les a consignés sur un bout de papier. Le lendemain, elle est allée trouver les policiers et leur a parlé de M. François.

Tout en admettant avoir ressenti une certaine pression à l'époque où elle a eu ce que l'avocat de la défense a appelé la «réminiscence», à cause de sa situation et de son désir de ravoit la garde de son fils, la plaignante a nié que les policiers s'acharnaient contre elle:

[TRANSDUCTION]

Q. S'était-on acharné contre vous avant que vous fassiez la déclaration concernant M. François?

R. Non, ce fut après cette déclaration.

Elle a également nié que la pression ressentie ait été à l'origine de la «réminiscence»:

[TRANSDUCTION]

Q. Et vu la pression exercée par la situation et toutes ces choses que vous aviez à l'esprit au sujet de votre fils, à la fin vous avez parlé aux policiers d'un incident impliquant M. François, exact?

R. Ce n'était pas comme qui dirait à cause de la pression, et voilà ça s'est produit.

Q. Ça s'est produit.

R. Ça s'est produit et j'ai senti que je pouvais faire confiance aux policiers et aller leur dire ce qui s'était produit.

II — Les questions en litige

Deux questions ont été soulevées en appel. Premièrement, on a laissé entendre qu'il y avait lieu d'annuler le verdict des jurés parce qu'ils avaient peut-être tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'accusé, comme l'indique le fait qu'ils ont prononcé leur verdict peu après avoir posé une question concernant le droit de l'accusé de ne pas témoigner. Le deuxième et principal moyen d'appel est que le verdict de culpabilité prononcé par les jurés était déraisonnable et devrait être annulé en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*.

III — Analysis

A. *Improper Inference from the Accused's Failure to Testify*

This ground of appeal cannot succeed because it would require speculation as to what the jury did. We cannot know what inferences the jury drew in this case. We know only that they received proper instructions on the law and on their duties, including explicit directions that the burden lay on the Crown to prove guilt beyond a reasonable doubt and that the burden never shifted to the accused.

In any event, subject to the caveat that failure to testify cannot be used to shore up a Crown case which otherwise does not establish guilt beyond a reasonable doubt, a jury is permitted to draw an adverse inference from the failure of an accused person to testify: *Kolnberger v. The Queen*, [1969] S.C.R. 213; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, and also *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.).

B. *Unreasonable Verdict*(1) *The Legal Principles*

In *Corbett*, Pigeon J., speaking for the majority, described the Court's function on review for unreasonableness as follows (at p. 282):

... the question is whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered.

This statement was affirmed in *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168, which went on to say that in order to apply the test the court of appeal "must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence" (p. 186). This rule also applies to cases where the objection to the conviction is

III — Analyse

A. *La conclusion inadmissible tirée de l'omission de témoigner de l'accusé*

Ce moyen d'appel ne saurait être retenu parce qu'il faudrait conjecturer sur ce que les jurés ont fait. Nous ne pouvons pas savoir quelles conclusions les jurés ont tirées en l'espèce. Nous savons seulement qu'ils ont reçu des directives appropriées au sujet du droit applicable et de leurs fonctions, dont des directives expresses voulant qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé et qu'il n'y ait jamais eu déplacement du fardeau de la preuve vers l'accusé.

De toute façon, sous réserve de l'avertissement que l'omission de témoigner ne peut pas servir à consolider une preuve du ministère public qui, par ailleurs, n'établit pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, un jury peut tirer une conclusion défavorable de l'omission de témoigner d'un accusé: *Kolnberger c. La Reine*, [1969] R.C.S. 213; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, et aussi *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.).

B. *Verdict déraisonnable*(1) *Les principes juridiques*

Dans l'arrêt *Corbett*, le juge Pigeon décrit, au nom des juges formant la majorité, en quoi consiste le rôle de la Cour en matière d'examen du caractère déraisonnable (à la p. 282):

... la question est de savoir si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

Cet énoncé a été confirmé dans *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168, où l'on a ajouté que, pour appliquer le critère, la cour d'appel «doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer» (p. 186). Cette règle s'applique également aux cas où l'opposition à la déclaration de

based on credibility — where it is suggested that testimony which the jury must have believed to render its verdict is so incredible that a verdict founded upon it must be unreasonable. This was confirmed by this Court in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122. However, the Court recognized the special difficulties posed by such a contention. I stated (at pp. 131-32):

... in applying the test the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. This Court has repeatedly affirmed the importance of taking into account the special position of the trier of fact on matters of credibility ... The trial judge has the advantage, denied to the appellate court, of seeing and hearing the evidence of witnesses. However, as a matter of law it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable.

Review for credibility may involve consideration of the basis for conclusions which the witness has drawn. For example, a witness may say, "That is the man who hit me". If other evidence indicates that the witness was unable to see the person who hit him at the time of the assault, the witness's identification might be considered unreasonable and a verdict dependent solely upon it overturned under s. 686(1)(a)(i). This sort of challenge for credibility is not much different in practice than the challenge on other grounds in *Corbett* and *Yebe*s. More problematic is a challenge to credibility based on the witness's alleged lack of truthfulness and sincerity, the problem posed in this appeal. The reasoning here is that the witness may not have been telling the truth for a variety of reasons, whether because of inconsistencies in the witness's stories at different times, because certain facts may have been suggested to her, or because she may have had reason to concoct her accusations. In the end, the jury must decide whether, despite such factors, it believes the witness's story, in whole or in part. That determination turns not only upon such factors as the assessment of the significance of any alleged inconsistencies or

culpabilité se fonde sur la crédibilité — où on laisse entendre que le témoignage auquel le jury a dû ajouter foi pour rendre son verdict est si incroyable qu'un verdict fondé sur ce témoignage doit être déraisonnable. Notre Cour a confirmé cela dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122. Toutefois, la Cour a reconnu les difficultés particulières que pose un tel argument. J'affirme, aux pp. 131 et 132:

... dans l'application de ce critère, la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. À maintes reprises, notre Cour a souligné combien il était important de tenir compte de la position privilégiée du juge des faits relativement à des questions de crédibilité [...] Le juge de première instance a l'avantage, que n'a pas la cour d'appel, de voir et d'entendre les témoins. Toutefois, en droit, la cour d'appel conserve le pouvoir d'écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après avoir étudié l'ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable.

L'examen de la crédibilité peut exiger que l'on étudie ce sur quoi se fondent les conclusions que le témoin a tirées. Par exemple, un témoin peut dire: «C'est l'homme qui m'a frappé». Si un autre élément de preuve indique que le témoin ne pouvait pas voir la personne qui l'a frappé au moment de l'agression, l'identification faite par le témoin pourrait être considérée comme déraisonnable et le verdict reposant seulement sur celle-ci pourrait être écarté en vertu du sous-al. 686(1)a)(i). Ce genre de contestation de la crédibilité ne diffère pas beaucoup en pratique de la contestation fondée sur d'autres moyens dans *Corbett* et *Yebe*s. Plus problématique est la contestation de la crédibilité fondée sur la prétendue absence de véracité et de sincérité du témoin, problème qui se pose dans le présent pourvoi. Selon le raisonnement adopté en l'espèce, il se peut que le témoin n'ait pas dit la vérité pour toutes sortes de raisons, que ce soit à cause des incohérences apparaissant dans ses récits à différentes époques, parce qu'on lui a peut-être suggéré certains faits ou parce qu'il a pu avoir une raison d'inventer ses accusations. À la fin, les jurés doivent décider si, malgré ces facteurs, ils croient en totalité ou en partie l'histoire du témoin. Cette

motives for concoction, which may be susceptible of reasoned review by a court of appeal, but on the demeanour of the witness and the common sense of the jury, which cannot be assessed by the court of appeal. The latter domain is the "advantage" possessed by the trier of fact, be it judge or jury, which the court of appeal does not possess and which the court of appeal must bear in mind in deciding whether the verdict is unreasonable: *R. v. W. (R.)*, *supra*.

In considering the reasonableness of the jury's verdict, the court of appeal must also keep in mind the fact that the jury may reasonably and lawfully deal with inconsistencies and motive to concoct, in a variety of ways. The jury may reject the witness's evidence in its entirety. Or the jury may accept the witness's explanations for the apparent inconsistencies and the witness's denial that her testimony was provoked by improper pressures or from improper motives. Finally, the jury may accept some of the witness's evidence while rejecting other parts of it; juries are routinely charged that they may accept all of the evidence, some of the evidence, or none of the evidence of each witness. It follows that we cannot infer from the mere presence of contradictory details or motives to concoct that the jury's verdict is unreasonable. A verdict of guilty based on such evidence may very well be both reasonable and lawful.

A final factor which the court of appeal reviewing for unreasonableness must keep in mind, is that the jury may bring to the difficult business of determining where the truth lies special qualities which appellate courts may not share. This most certainly applies to sexual offences. As de Grandpré J. of this Court stated in *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355, at p. 381:

Rape is particularly a crime for which juries are the proper forum. It is the type of offence the examination of which turns on an infinite number of small details related to the credibility of the witnesses, the commu-

décision repose non pas seulement sur des facteurs comme l'évaluation de l'importance de quelque prétendue incohérence ou raison d'inventer susceptible de faire l'objet d'un examen raisonné par une cour d'appel, mais sur le comportement du témoin et le bon sens des jurés, qui ne peuvent pas être évalués par la cour d'appel. Il s'agit, dans ce dernier cas, de l'«avantage» que possède le juge des faits, que ce soit un juge ou un jury, mais que la cour d'appel ne possède pas et qu'elle doit prendre en considération au moment de décider si le verdict est déraisonnable: *R. c. W. (R.)*, précité.

Dans l'examen du caractère raisonnable du verdict du jury, la cour d'appel doit également tenir compte du fait que le jury peut raisonnablement et légitimement traiter de diverses façons les incohérences et la raison d'inventer. Le jury peut rejeter en entier la déposition du témoin, ou encore il peut accepter les explications du témoin en ce qui concerne les incohérences apparentes et le démenti du témoin que des pressions abusives ou des motifs erronés l'ont incité à témoigner. Enfin, le jury peut accepter une partie de la déposition du témoin tout en en rejetant d'autres parties; on dit habituellement aux jurés qu'ils peuvent accepter ou rejeter toute la déposition de chaque témoin ou en accepter une partie seulement. Il s'ensuit que nous ne pouvons pas conclure de la simple présence de détails contradictoires ou de raisons d'inventer que le verdict du jury est déraisonnable. Un verdict de culpabilité fondé sur un tel témoignage peut très bien être à la fois raisonnable et légitime.

Un dernier facteur que la cour d'appel doit prendre en considération dans l'examen du caractère raisonnable est que les jurés peuvent apporter à la difficile tâche de découvrir la vérité des qualités spéciales que les cours d'appel peuvent ne pas avoir. Cela s'applique très certainement aux infractions d'ordre sexuel. Comme le juge de Grandpré de notre Cour l'a dit dans *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355, à la p. 381:

Le viol est un crime qui convient particulièrement au procès avec jury. C'est le genre d'infraction dont l'examen comprend un nombre infini de détails reliés à la crédibilité des témoins, à la communauté dans laquelle

nity in which the actors and the jurors live, the standards of conduct in that area, etc.

See also *R. v. Darnell and Newstead* (1978), 40 C.C.C. (2d) 220 (Ont. C.A.), at pp. 221-22.

At the end of the day, the following words of Rothman J.A. in *R. v. Chevrier* (1992), 49 Q.A.C. 37, at p. 42, approved by this Court in *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226, remain a useful guide for an appellate court reviewing a jury verdict on the basis of credibility:

Credibility is, of course, a question of fact and it cannot be determined by fixed rules. Ultimately, it is a matter that must be left to the common sense of the trier of fact, in this case the trial judge (*R. v. White*, [1947] S.C.R. 268). Unless the record reveals an error of law or in principle or a clear and manifest error in the appreciation of the evidence, a court of appeal should not intervene in that determination.

(2) Application of the Legal Principles

It is not denied that there was sufficient evidence before the jury to found a conviction. The suggestion is rather that the alleged inconsistencies between the complainant's evidence at trial and what she said on other occasions, as well as the "pressures" and motives present which might have led her to concoct a story about Mr. François, should at least have raised a reasonable doubt with respect to the accused's guilt. In short, a reasonable and reasoning jury, considering her testimony, would be bound to have a reasonable doubt about Mr. François' guilt.

The complainant gave a detailed and largely consistent account of what had happened to her and why she had acted as she did. She described not only the events, but offered surrounding details of things like furnishings and clothing. She seemed ready to admit her mistakes and failings. She was not evasive. No other witness came for-

vivent les intéressés et les jurés, aux normes de conduite acceptées dans ce milieu, etc.

Voir également *R. c. Darnell and Newstead* (1978), 40 C.C.C. (2d) 220 (C.A. Ont.), aux pp. 221 et 222.

En fin de compte, les propos suivants du juge Rothman, dans *R. c. Chevrier* (1992), 49 Q.A.C. 37, à la p. 42, que notre Cour a approuvés dans *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226, restent un guide utile pour une cour d'appel qui examine le verdict d'un jury sous l'angle de la crédibilité:

[TRADUCTION] La crédibilité est naturellement une question de fait et ne peut pas être déterminée selon des règles fixes. En fin de compte, c'est une question qui doit être laissée au bon sens du juge des faits, en l'occurrence le juge du procès (*R. c. White*, [1947] R.C.S. 268). À moins que le dossier ne révèle une erreur de droit ou de principe ou une erreur claire et manifeste d'évaluation de la preuve, une cour d'appel ne devrait pas intervenir dans cette décision.

(2) Application des principes juridiques

On ne nie pas que les jurés disposaient de suffisamment d'éléments de preuve pour prononcer une déclaration de culpabilité. On laisse plutôt entendre que les incohérences qui existeraient entre le témoignage de la plaignante au procès et ce qu'elle a dit en d'autres occasions, ainsi que les «pressions» et les raisons existantes qui auraient pu l'inciter à inventer une histoire au sujet de M. François, auraient dû au moins soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Bref, en examinant le témoignage de la plaignante, des jurés raisonnables et doués de raison n'auraient pas manqué d'avoir un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de M. François.

La plaignante a donné un compte rendu détaillé et très cohérent de ce qui lui était arrivé et de la raison pour laquelle elle avait agi comme elle l'a fait. Elle a non seulement décrit les événements, mais encore elle a donné des détails les entourant, comme les meubles et les vêtements. Elle a semblé disposée à admettre ses erreurs et ses omissions. Elle n'a pas été vague. Aucun autre témoin n'est

ward to contradict her, and no contradiction on matters like dates and physical evidence arose.

One alleged inconsistency concerns the number of times the complainant was raped by Mr. François. In her first statement to the police, she said it had happened three times. At the preliminary inquiry, she put the number at five or six times. At trial, she said it had happened 10 to 20 times. She provided an explanation for the variances: "I don't know, like it is hard to put a number exactly how many times these things happen to you."

Another alleged inconsistency concerns her sexual history. On two occasions in the intervening years the complainant made statements which are said to be inconsistent with having been raped by Mr. François. Again she provided an explanation: she said that she had suffered a memory block between the early 80s and January 17, 1990. While admitting that she was under pressure at the time and had been talking to the Children's Aid Society and the police, she denied that her recovery of memory in 1990 was caused by the pressure. She had not created it: "it happened".

The important point is this. The complainant offered an explanation for each of the alleged inconsistencies. It was open to the jury to accept those explanations. If they did, the inconsistencies lost their power to raise a reasonable doubt with respect to the accused's guilt. The explanations provided a means of reasonably resolving such doubt as may have been created by the inconsistencies themselves. It was for the jury to weigh both the significance of the alleged contradictions and whether such significance as they might have, had been neutralized by explanations as to why they occurred. The jury might have concluded that the contradictions were significant and had not been neutralized by the proffered explanations. That result would have been reasonable. But it was equally open to the jury to conclude that the alleged contradictions had been neutralized by the

venu la contredire et il n'y a eu aucune incohérence sur certaines questions comme les dates et la preuve matérielle.

^a L'une des prétendues incohérences concerne le nombre de fois où la plaignante a été violée par M. François. Dans sa première déclaration à la police, elle a dit que c'était arrivé trois fois. À l'enquête préliminaire, elle a avancé le nombre de cinq ou six fois. Au procès, elle a soutenu que c'était arrivé de 10 à 20 fois. Elle a expliqué ainsi ces différences: [TRADUCTION] «Je ne sais pas, il est difficile d'indiquer le nombre exact de fois où ce genre de choses vous arrive.»
^c

Une autre prétendue incohérence concerne sa vie sexuelle. À deux occasions au cours des années qui se sont écoulées entre-temps, la plaignante a fait des déclarations qui, dit-on, sont incompatibles avec le fait d'avoir été violée par M. François. Encore une fois, elle a fourni une explication: elle a dit avoir refoulé des souvenirs entre le début des années 80 et le 17 janvier 1990. Tout en reconnaissant qu'elle faisait l'objet d'une certaine pression à l'époque et qu'elle avait parlé à la Société d'aide à l'enfance et à la police, elle a nié que la pression exercée ait été à l'origine de sa réminiscence en 1990. Elle ne l'avait pas provoquée: [TRADUCTION] «ça s'est produit».
^f

Le point important est le suivant. La plaignante a offert une explication pour chacune des prétendues incohérences. Il était loisible aux jurés d'accepter ces explications. S'ils le faisaient, les incohérences perdaient leur pouvoir de soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Les explications fournissaient un moyen de dissiper raisonnablement le doute que les incohérences pouvaient avoir elles-mêmes créées. Il appartenait aux jurés d'évaluer l'importance des prétendues incohérences et si l'importance qu'elles pouvaient avoir avait été neutralisée par les explications données sur la raison pour laquelle elles étaient survenues. Les jurés auraient pu conclure que les incohérences étaient importantes et n'avaient pas été neutralisées par les explications données. Cela aurait été raisonnable. Mais il était également loisible aux jurés de conclure que les

explanations. That alternative too was “reasonable”.

This leaves the question of the complainant’s memory block in the early 80s and recovery of memory in 1990 — the “flashback”. It is suggested that it was unreasonable for the jury not to have a reasonable doubt about the accused’s guilt given the complainant’s evidence that her memory of the assaults by Mr. François had been blocked, only to be revived after discussions with the people at the Children’s Aid Society and the police about the importance of “admission on [her] part that things had happened to [her]”. Without pronouncing on the controversy that may surround the subject of revived memory amongst experts, it is sufficient to say for purposes of this appeal that the jury’s acceptance of the complainant’s evidence on what happened to her was not, on the basis of the record, unreasonable. The complainant was cross-examined on the possibility of concoction. She denied the suggestion of cross-examining counsel that her recovered “memory” was a product of the pressures she was experiencing. Thus explored, the matter was left to the good judgment of the jury. It was open to the jury, with the knowledge of human nature that it is presumed to possess, to determine on the basis of common sense and experience whether they believed the complainant’s story of repressed and recovered memory, and whether the recollection she experienced in 1990 was the truth. To do so cannot be characterized as unreasonable.

Considering the alleged inconsistencies in the complainant’s versions of events at different times in the light of her explanation of repressed and recovered memory, I can find no basis for concluding that the jury’s verdict of guilty was unreasonable. It cannot be said that the jury’s verdict was illogical or speculative or inconsistent with the main body of the evidence. No error in the jury’s appreciation of the evidence is demon-

prétendues incohérences avaient été neutralisées par les explications. Cette autre solution était elle aussi «raisonnable».

^a Il reste la question du refoulement des souvenirs de la plaignante au début des années 80 et de leur retour en 1990 — la «réminiscence». On laisse entendre qu’il était déraisonnable que les jurés n’aient pas eu un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé étant donné le témoignage de la plaignante selon lequel elle avait refoulé les agressions dont elle avait été victime de la part de M. François, pour s’en rappeler seulement après s’être entretenue avec les gens de la Société d’aide à l’enfance et la police au sujet de l’importance [TRADUCTION] «pour [elle] d’admettre que des choses lui étaient arrivées». Sans se prononcer sur la controverse qui, chez les experts, peut entourer la question des souvenirs ravivés, il suffit de dire, pour les fins du présent pourvoi, que l’acceptation par les jurés du témoignage de la plaignante au sujet de ce qui lui était arrivé n’était pas déraisonnable compte tenu du dossier. La plaignante a été contre-interrogée sur la possibilité qu’elle ait inventé les agressions. Elle a rejeté la suggestion de l’avocat qui la contre-interrogeait, selon laquelle elle avait recouvré la mémoire à la suite des pressions ressenties. Après avoir été ainsi étudiée sous tous ses aspects, la question a été laissée à l’appréciation des jurés. Il était loisible aux jurés, avec la connaissance de la nature humaine qu’ils étaient censés avoir, de déterminer, en fonction du bon sens et de leur expérience, s’ils croyaient l’histoire de la plaignante concernant les souvenirs refoulés et ravivés et si ces souvenirs qui avaient refait surface en 1990 étaient véridiques. On ne peut pas qualifier cela de déraisonnable.

Si je considère les incohérences qui apparaîtraient dans la version des faits donnée par la plaignante à différentes époques, à la lumière de ses explications sur les souvenirs refoulés et ravivés, je ne puis trouver aucune raison de conclure que le verdict de culpabilité prononcé par les jurés était déraisonnable. On ne saurait dire que le verdict des jurés était illogique, conjectural ou incompatible avec la preuve principale. On n’a établi l’existence

strated, much less the “clear and manifest error” required by the law: *R. v. C. (R.)*, *supra*.

I am fortified in this conclusion by noting that the weaknesses in the complainant’s evidence were thoroughly canvassed by defence counsel in cross-examination and reviewed by him in his address to the jury. In his charge to the jury, the trial judge once again reviewed the frailties in her evidence and pointed out the need to be fully satisfied of guilt beyond a reasonable doubt. After a thorough recital of the frailties in the complainant’s testimony and a favourable reference to defence counsel’s detailed submissions about them in his address to the jury, the trial judge said:

You will consider the complainant’s evidence in this respect and determine in your own mind the [e]ffect if any it may have on her credibility.

Immediately following that instruction, he referred to the challenged evidence of the complainant about the number of occasions on which she had been sexually assaulted and her explanation of the telephone calls she continued to make. Of the escalation in the number of attacks he said:

You will determine in your own mind what [e]ffect if any those inconsistencies o[n] your view of her believability.

At the end, the trial judge stated:

You will consider the explanation and determine what impact if any it may have on her credibility because as far as you are concerned . . . you are the final judges of the facts.

The jury, so instructed, appears to have done exactly what the trial judge told them to do. For a court of appeal to quash that verdict would be to negate the trial judge’s ultimate instruction to the jury: “you are the final judges of the facts”.

One more matter requires mention. My colleague Major J. suggests that the Court of Appeal

d’aucune erreur dans l’évaluation de la preuve par les jurés, et encore moins celle de l’«erreur claire et manifeste» requise en droit: *R. c. C. (R.)*, précité.

^a Je suis renforcée dans cette conclusion par le fait que l’avocat de la défense a examiné à fond en contre-interrogatoire, les points faibles du témoignage de la plaignante et les a passés en revue dans son exposé au jury. Dans ses directives aux jurés, le juge du procès a revu encore une fois les faiblesses du témoignage de la plaignante et a souligné la nécessité d’être entièrement convaincu de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Après avoir énuméré au complet les faiblesses du témoignage de la plaignante et avoir mentionné favorablement les observations détaillées que l’avocat de la défense a faites à leur sujet dans son exposé au jury, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Vous étudierez le témoignage de la plaignante à cet égard et déterminerez vous-mêmes l’effet, le cas échéant, qu’il peut avoir sur sa crédibilité.

^e Immédiatement après ces directives, il a mentionné le témoignage contesté de la plaignante au sujet du nombre de fois où elle a été agressée sexuellement et ses explications concernant les appels téléphoniques qu’elle a continué de faire. Il a dit au sujet de l’augmentation du nombre d’agressions:

[TRADUCTION] Vous déterminerez vous-mêmes quel effet, le cas échéant, ces incohérences peuvent avoir sur votre perception de sa crédibilité.

^g À la fin, le juge du procès a déclaré:

[TRADUCTION] Vous examinerez les explications données et déterminerez quelles répercussions, le cas échéant, elles peuvent avoir sur sa crédibilité parce que, en ce qui vous concerne [. . .] vous êtes les juges ultimes des faits.

À la suite de ces directives, les jurés paraissent avoir fait exactement ce que le juge du procès leur avait dit de faire. Si une cour d’appel annulait ce verdict, cela reviendrait à nier la dernière directive que le juge du procès a donnée aux jurés: [TRADUCTION] «vous êtes les juges ultimes des faits».

^j Il faut mentionner une autre question. Mon collègue le juge Major laisse entendre que les juges

allowed itself to be “diverted . . . from the obligation imposed by *Yebe*s and *W. (R.)*” (p. 858), permitting this Court to reconsider the matter of the unreasonableness of the verdict. With respect, I would not so fault the Court of Appeal (1993), 14 O.R. (3d) 191. Robins J.A., having considered the point arising from the jury’s question, went on to state that the “ultimate question” was whether the verdict was reasonable. He thoroughly reviewed the evidence and concluded that the “verdict cannot be considered unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*” (p. 196) and that “the verdict finding the appellant guilty of rape is a verdict that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered” (p. 199). Krever J.A. dealt with the improper inference issue summarily and devoted the remainder of his reasons to the question of the unreasonableness of the verdict, in the end stating: “. . . I am unable to conclude that the verdict was unreasonable or cannot be supported by the evidence” (p. 205). Carthy J.A., dissenting on the improper inference issue, added at p. 204 that he “would have deferred to the advantage of the jury in assessing credibility and would not have deemed the verdict unreasonable if not for the question put to the court by the jury”. In short, it is clear that all members of the court below fully considered the arguments on the verdict issue and concluded that it was not unreasonable, subject to the concern of Carthy J.A. on the first issue.

This raises the question of whether, the Court of Appeal having fully considered the reasonableness of the verdict, this Court may conduct its own re-examination of the evidence to determine whether in its view the verdict was unreasonable. Crown counsel submitted that in the absence of clear error or omission in the Court of Appeal, this Court should not engage in its own review *de novo*. Having concluded that the verdict is not unreasonable in any event, I need not decide this point. Whatever the legal answer, I note the practical

de la Cour d’appel se sont laissé distraire «de l’obligation que leur imposaient les arrêts *Yebe*s et *W. (R.)*» (p. 858), ce qui permet à notre Cour de réexaminer la question du caractère déraisonnable du verdict. En toute déférence, je ne blâmerais pas ainsi la Cour d’appel (1993), 14 O.R. (3d) 191. Après avoir examiné le point soulevé par la question des jurés, le juge Robins a ajouté que la «question ultime» était de savoir si le verdict était raisonnable. Il a étudié minutieusement le témoignage et a conclu que le [TRADUCTION] «verdict ne saurait être considéré comme déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*» (p. 196) et que [TRADUCTION] «le verdict reconnaissant l’appelant coupable de viol est un verdict qu’un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre» (p. 199). Le juge Krever a traité brièvement de la question de la conclusion inadmissible et a consacré le reste de ses motifs à la question du caractère déraisonnable du verdict, en disant à la fin: [TRADUCTION] «. . . je ne puis conclure que le verdict était déraisonnable ou qu’il ne peut pas s’appuyer sur la preuve» (p. 205). Le juge Carthy, dissident sur la question de la conclusion inadmissible, ajoute, à la p. 204, qu’il [TRADUCTION] «s’en serait remis à l’avantage dont jouissent les jurés pour évaluer la crédibilité et n’aurait pas considéré le verdict comme déraisonnable sinon en ce qui concerne la question que les jurés ont posée à la cour». En résumé, il est évident que tous les juges de la Cour d’appel ont examiné à fond les arguments relatifs au verdict et ont conclu qu’il n’était pas déraisonnable, sous réserve de la préoccupation du juge Carthy concernant la première question.

Il s’agit donc de savoir si, une fois que la Cour d’appel a examiné à fond le caractère raisonnable du verdict, notre Cour peut procéder à son propre réexamen de la preuve pour déterminer si, à son avis, le verdict était déraisonnable. L’avocat du ministère public a soutenu qu’en l’absence d’une erreur ou omission manifeste en Cour d’appel, notre Cour ne devrait pas procéder à son propre examen *de novo*. Ayant conclu que, de toute façon, le verdict n’est pas déraisonnable, je n’ai pas à me prononcer sur ce point. Quelle que soit la réponse

problem of a second appellate court saying a verdict is "unreasonable", after the court of appeal below has concluded the verdict is "not unreasonable". The very existence of such divergence may suggest that the verdict is not so much clearly unreasonable, as one upon which different reasonable views may be held.

IV — Disposition

I would dismiss the appeal.

The reasons of Sopinka, Cory and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — This appeal following a dissent on a point of law in the Ontario Court of Appeal is as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The issue is whether the jury's verdict is unreasonable.

I — Facts

The appellant was charged that, between January 1, 1979, and January 3, 1983, he sexually assaulted the complainant. The complainant did not report the assaults until 1990. The appellant's trial from March 30 to April 2, 1992 was held before Morin J. of the Ontario Court, General Division, and a jury.

The only evidence at the trial was the complainant's, who testified at trial that at the time of the alleged assaults she lived with her family next door to the appellant. Her family did not have a telephone. They had the appellant's permission to use his. She testified that, in approximately 1981, when she was 13 years old, she was sent to make a telephone call at the appellant's home, and while she was there he raped her. She said that she froze, was frightened, and said nothing to her parents.

During the year that her family lived next door to the appellant, the complainant initially testified that she was regularly sent to the appellant's home to make telephone calls, and that he raped her on 10 to 20 such occasions. The complainant testified

sur le plan juridique, je relève le problème pratique que soulèverait le fait qu'une deuxième cour d'appel dise qu'un verdict est «déraisonnable», après qu'une première cour d'appel eut conclu que le verdict n'est «pas déraisonnable». L'existence même d'une telle divergence peut porter à croire que le verdict n'est pas tant si manifestement déraisonnable qu'un verdict qui peut donner lieu à différentes opinions raisonnables.

IV — Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le présent pourvoi fait suite à une dissidence sur un point de droit en Cour d'appel de l'Ontario et est formé de plein droit conformément à l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit de savoir si le verdict du jury est déraisonnable.

I — Les faits

L'appelant a été accusé d'avoir agressé sexuellement la plaignante entre le 1^{er} janvier 1979 et le 3 janvier 1983. Celle-ci n'a signalé les agressions qu'en 1990. Le procès de l'appelant s'est déroulé du 30 mars au 2 avril 1992 devant le juge Morin de la Cour de l'Ontario (Division générale) et un jury.

Seule la plaignante a témoigné au procès et elle a déclaré qu'à l'époque des agressions en cause elle habitait avec sa famille à côté de chez l'appelant. Sa famille n'avait pas le téléphone. L'appelant leur permettait de se servir du sien. La plaignante a témoigné qu'aux environs de 1981, lorsqu'elle avait 13 ans, on l'a envoyée téléphoner chez l'appelant qui l'a alors violée. Elle dit avoir figé sur place, avoir eu peur et n'avoir rien dit à ses parents.

La plaignante a d'abord témoigné que, durant l'année où sa famille habitait à côté de chez l'appelant, on l'envoyait régulièrement téléphoner chez ce dernier qui l'a violée de 10 à 20 fois. Au cours de l'interrogatoire principal, elle a déclaré

during examination in chief that she did not report the assaults until 1990 because she was afraid of what the appellant might do to her.

During the complainant's cross-examination, it was disclosed that in her initial statement to the police in January of 1990, she stated that the appellant had raped her three times. At the preliminary hearing, she stated that he raped her five or six times. At the trial, in 1992 she said he had raped her 10 to 20 times. The complainant explained this by saying that it was "hard to put a number [on] exactly how many times these things happen to you".

The complainant was cross-examined with respect to an affidavit sworn by her in 1989 and filed in wardship proceedings concerning her son, in which she swore that she had never been sexually abused. She was also cross-examined with respect to testimony she gave in 1987, in proceedings claiming support from her son's father, in which she swore that she was a virgin prior to 1985.

Once confronted with these, the affidavit and the sworn statement in cross-examination, the complainant stated that she believed the statements were true at the time she made them, because she had blocked out the incidents involving the appellant until her memory returned in a flashback in 1990. This evidence in cross-examination was in direct contradiction to her testimony in chief that she did not complain until 1990 because of her fear of the appellant.

The complainant testified that this flashback in 1990 occurred during a period when she was being interviewed by police and children's aid workers in connection with further wardship proceedings over her son and following suggestions allegedly by the police that if she thought about what the police told her she might have a flashback and in her mind remember. This suggestion occurred at a time when the complainant was seeking custody of her son and felt she needed the co-operation of the

n'avoir signalé les agressions qu'en 1990 parce qu'elle avait peur de ce que l'appellant pourrait lui faire.

Durant le contre-interrogatoire de la plaignante, il est ressorti que, dans la déclaration faite initialement à la police en janvier 1990, elle avait affirmé que l'appellant l'avait violée à trois reprises. À l'enquête préliminaire, elle a déclaré qu'il l'avait violée cinq ou six fois. Au procès, en 1992, elle a dit qu'il l'avait violée de 10 à 20 fois. La plaignante s'est justifiée en disant qu'il était [TRADUCTION] «difficile d'indiquer le nombre exact de fois où ce genre de choses vous arrive».

La plaignante a été contre-interrogée relativement à un affidavit qu'elle avait fait en 1989 et déposé dans une instance de tutelle concernant son fils, dans lequel elle déclarait n'avoir jamais été victime d'abus sexuels. Elle a également été contre-interrogée relativement au témoignage qu'elle avait fait, en 1987, dans une instance où elle réclamait des aliments au père de son enfant et affirmait sous serment avoir conservé sa virginité jusqu'en 1985.

Une fois mise en présence de cet affidavit et de la déclaration faite sous serment en contre-interrogatoire, la plaignante a soutenu qu'elle croyait que ces déclarations étaient véridiques à l'époque où elle les a faites, parce qu'elle avait refoulé les événements impliquant l'appellant jusqu'à ce que ceux-ci remontent à la surface en 1990. Ce témoignage en contre-interrogatoire contredisait directement son témoignage principal selon lequel elle n'avait porté plainte qu'en 1990 en raison de sa peur de l'appellant.

La plaignante a témoigné que cette réminiscence en 1990 est survenue à une époque où elle était interrogée par la police et des travailleurs sociaux d'aide à l'enfance en rapport avec une autre instance de tutelle concernant son fils et à la suite de suggestions que lui auraient faites les policiers et selon lesquelles, si elle réfléchissait à ce que les policiers lui avaient dit, des souvenirs pourraient remonter à la surface. Cette suggestion a été faite au moment où la plaignante tentait d'obtenir la

police who she had admitted saying were hounding her.

The appellant did not testify in his defence. The jury after deliberating for two hours returned to ask for clarification as to the appellant's right to take the stand in his own defence. The trial judge answered, saying that the appellant was entitled to give evidence or call evidence on his behalf, but that there was no onus on him to prove his innocence. The jury returned 10 minutes later with a verdict of guilty.

The appellant appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario, the principal ground of appeal being that the verdict was unreasonable. The appellant claimed that the jury, which returned with a verdict immediately after being instructed on the appellant's right to take the stand in his defence, drew an improper inference from the failure of the appellant to give evidence. On June 24, 1993, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, Carthy J.A. dissented: (1993), 14 O.R. (3d) 191, 64 O.A.C. 140, 82 C.C.C. (3d) 441, 21 C.R. (4th) 350.

II — Relevant Statutory Provisions

The appellant relies on s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

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

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

III — Judgments Below

Ontario Court of Appeal (1993), 14 O.R. (3d) 191

garde de son fils et estimait avoir besoin de la coopération des policiers qui, avait-elle admis, s'acharnaient contre elle.

^a L'appelant n'a pas témoigné pour sa défense. Après deux heures de délibération, les jurés sont revenus demander des précisions au sujet du droit de l'appelant de venir à la barre pour sa propre défense. Le juge du procès a répondu que l'appelant avait le droit de témoigner ou d'appeler quelqu'un à témoigner pour sa défense, mais qu'il n'était pas tenu de prouver son innocence. Les jurés sont revenus, 10 minutes plus tard, prononcer un verdict de culpabilité.

^b L'appelant en a appelé de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario, en soutenant principalement que le verdict était déraisonnable. Il a prétendu que les jurés, qui étaient revenus prononcer leur verdict immédiatement après avoir reçu des directives au sujet de son droit de venir à la barre pour se défendre, avaient tiré une conclusion inadmissible de son omission de témoigner. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant le 24 juin 1993, le juge Carthy étant dissident: (1993), 14 O.R. (3d) 191, 64 O.A.C. 140, 82 C.C.C. (3d) 441, 21 C.R. (4th) 350.

II — Les dispositions législatives pertinentes

^c L'appelant se fonde sur le sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*:

^d **686.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

^e a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

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

III — La Cour d'appel

^g *Cour d'appel de l'Ontario* (1993), 14 O.R. (3d) 191

(1) Majority

Each of the three judges in the Ontario Court of Appeal wrote separate reasons for judgment. Robins J.A. concluded that the appellant's conviction "followed a fair trial, is amply supported by the evidence, and is not unreasonable" (p. 193). He stated that there was no basis in law for the court's intervention in the case. The jury was entitled to find the complainant to be a credible witness. The fact that there were some elements of her testimony which could have raised a reasonable doubt does not make the verdict unreasonable.

In response to the argument that the jury drew an improper inference from the appellant's failure to testify, as was clear from the timing of their question, Robins J.A. concluded that "neither the question nor its timing renders the verdict unreasonable" (p. 196). There was no reason to presume that the jury ignored the trial judge's explicit instructions and drew an improper inference from the appellant's failure to testify.

Krever J.A. concurred with Robins J.A. in the result. He said that he attached no significance to the question asked by the jury, nor to its timing with respect to the verdict ultimately returned. The trial judge's instructions were unimpeachable, and he did not think it appropriate to speculate as to the connection between the question and the verdict ultimately returned. Since no significance can be attached to the question, and since there was evidence to support the verdict, Krever J.A. said at p. 204 that while "confess[ing] to some disquietude about the complainant's evidence . . .", he was unable to conclude that the verdict was unreasonable.

(2) Dissent

Carthy J.A. held that the question put by the jury to the trial judge and its timing "raise very real concern that the jury drew an improper inference despite the very proper instruction" (p. 203). He stated that he was left in serious doubt as to the

(1) La majorité

Chacun des trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario a rédigé ses propres motifs de jugement. Le juge Robins a conclu que la déclaration de culpabilité de l'appelant [TRADUCTION] «a fait suite à un procès juste, s'appuie amplement sur la preuve et n'est pas déraisonnable» (p. 193). Il a affirmé que rien en droit ne justifiait l'intervention de la cour dans cette affaire. Le jury avait le droit de conclure que la plaignante était un témoin crédible. Le verdict n'est pas déraisonnable du fait que certains éléments de son témoignage auraient pu soulever un doute raisonnable.

En réponse à l'argument voulant que les jurés aient tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'appelant, comme il ressortait clairement du moment où ils ont posé leur question, le juge Robins a conclu que [TRADUCTION] «ni la question ni le moment où elle a été posée ne rend le verdict déraisonnable» (p. 196). Il n'y avait aucune raison de supposer que les jurés n'ont pas tenu compte des directives formelles du juge du procès et ont tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'appelant.

Le juge Krever a souscrit aux motifs du juge Robins quant au résultat. Il a dit n'attacher aucune importance à la question formulée par les jurés ni à sa relation temporelle avec le verdict final. Les directives du juge du procès étaient inattaquables et il n'a pas estimé approprié de conjecturer sur un lien possible entre la question et le verdict final. Étant donné qu'on ne peut attacher quelque importance à la question et que le verdict trouvait appui dans la preuve, le juge Krever a dit, à la p. 204, que, tout en «reconnai[ssant] que le témoignage de la plaignante [l']inqui[était] jusqu'à un certain point», il était incapable de conclure que le verdict était déraisonnable.

(2) La dissidence

Le juge Carthy a décidé que la question que les jurés ont posée au juge du procès ainsi que le moment où elle a été posée [TRADUCTION] «soulèvent une inquiétude très réelle que les jurés aient tiré une conclusion inadmissible malgré des direc-

guilt of the appellant after reviewing the evidence, and that he would have deferred to the advantage enjoyed by the jury but for the question asked by the jury. He felt that the question and its timing indicated that the jury themselves had some doubt as to the appellant's guilt solely on the basis of the complainant's evidence. Therefore, it was likely that the jury drew an improper inference from the appellant's failure to testify, and the verdict should therefore not be allowed to stand.

IV — Issues

There are two issues on this appeal:

1. Did the jury draw an improper inference from the appellant's failure to testify in his own defence?
2. Is the jury's verdict unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*?

V — Analysis

1. *Did the Jury Draw an Improper Inference from the Appellant's Failure to Testify in his Own Defence?*

The inferences which can properly be drawn from an accused's failure to testify have previously been discussed by this Court in *Kolnberger v. The Queen*, [1969] S.C.R. 213, and *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, and more recently by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340. These cases make it clear that, where the accused does not testify, it is open to the jury to draw the inference that he or she could not have raised a reasonable doubt in the face of convincing Crown evidence. However, it is not permissible for a jury which is not otherwise convinced that the Crown has proven guilt beyond a reasonable doubt to infer from the fact that the accused has not testified that he must be guilty. In other words, where the Crown has proven its case beyond a reasonable doubt, the absence of the accused's testimony may indicate that he or she is unable to raise a reasonable doubt as a basis for

tives très correctes» (p. 203). Il a déclaré qu'il doutait sérieusement de la culpabilité de l'appellant après avoir examiné la preuve, mais que, n'eût été la question que les jurés avaient posée, il s'en serait remis à l'avantage dont ils jouissaient. Il a estimé que la question et le moment où elle a été posée indiquaient que les jurés eux-mêmes avaient des doutes quant à la culpabilité de l'appellant en fonction du seul témoignage de la plaignante. Par conséquent, il était vraisemblable que les jurés aient tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'appellant. Il n'y avait donc pas lieu de maintenir le verdict.

IV — Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions:

1. Les jurés ont-ils tiré une conclusion inadmissible de l'omission de l'appellant de témoigner pour sa propre défense?
2. Le verdict des jurés est-il déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*?

V — Analyse

1. *Les jurés ont-ils tiré une conclusion inadmissible de l'omission de l'appellant de témoigner pour sa propre défense?*

Les conclusions qu'on peut à juste titre tirer de l'omission de témoigner de l'accusé ont déjà été examinées par notre Cour dans *Kolnberger c. La Reine*, [1969] R.C.S. 213, et *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, et plus récemment par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340. Il ressort clairement de ces arrêts que, lorsque l'accusé ne témoigne pas, il est loisible aux jurés de conclure qu'il n'aurait pas pu soulever un doute raisonnable devant la preuve convaincante du ministère public. Cependant, il n'est pas permis aux jurés qui ne sont pas convaincus, par ailleurs, que le ministère public a prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable de conclure de l'omission de témoigner de l'accusé qu'il doit être coupable. Autrement dit, lorsque le ministère public a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable, l'absence de témoignage de l'accusé peut indiquer qu'il est incapable de soule-

acquittal, but this lack of testimony cannot otherwise be used to strengthen the Crown's case where the Crown has fallen short of proving guilt.

Therefore, the appellant claims that the jury was not otherwise convinced beyond a reasonable doubt solely on the basis of the complainant's testimony, and that they used the lack of accused's testimony to strengthen the Crown's case to a point where they felt safe in convicting.

If this was in fact what happened, then it would be an error. However, it is impossible to know what took place either in the jury room or in the minds of the individual jurors. What the appellant is asking us to do is to speculate that the jury reached their verdict improperly. A jury's verdict cannot be interfered with on the basis of speculation.

As there is more than one inference to be drawn from the accused's failure to testify there is no reason to assume the jury drew the wrong one. The verdict should not be open to such speculation. As a result this ground of appeal fails.

2. *Is the Jury's Verdict Unreasonable Within the Meaning of Section 686(1)(a)(i) of the Criminal Code?*

The remaining ground of appeal is whether the verdict of guilty, in light of the complainant's evidence and cross-examination, ignoring the question from the jury, is unreasonable or cannot be supported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*.

It is important to remember that the complainant was the only witness at the trial. The only evidence that the jury had to consider was her testimony in chief, and the extent it was weakened by cross-examination. Clearly, the principal issue facing the jury was the complainant's credibility.

ver un doute raisonnable pour justifier son acquittement, mais ce défaut de témoigner ne saurait, par ailleurs, servir à renforcer la preuve du ministère public quand celui-ci n'a pas réussi à prouver la culpabilité de l'accusé.

L'appelant prétend donc que le seul témoignage de la plaignante n'a pas, par ailleurs, convaincu hors de tout doute raisonnable les jurés et que ces derniers se sont servis du défaut de témoigner de l'accusé pour renforcer la preuve du ministère public au point où ils ont jugé prudent de prononcer la déclaration de culpabilité.

Si c'est effectivement ce qui s'est produit, ce serait une erreur. Toutefois, il est impossible de savoir ce qui s'est passé dans la salle des jurés ou dans l'esprit de chacun d'eux. Ce que l'appelant nous demande, c'est de supposer que les jurés ont abouti à leur verdict de façon erronée. On ne saurait modifier le verdict d'un jury en se fondant sur des conjectures.

Comme il y a plus d'une conclusion à tirer de l'omission de témoigner de l'accusé, il n'y a aucune raison de présumer que les jurés ont tiré la mauvaise. Le verdict ne devrait pas faire l'objet de telles conjectures. Ce moyen d'appel ne tient donc pas.

2. *Le verdict des jurés est-il déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du Code criminel?*

Quant à l'autre moyen d'appel, il s'agit de savoir si, compte tenu du témoignage et du contre-interrogatoire de la plaignante mais non pas de la question formulée par les jurés, le verdict de culpabilité est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*.

Il importe de se souvenir que la plaignante a été la seule personne à témoigner au procès. Les jurés n'ont eu à examiner que son témoignage principal et la mesure dans laquelle le contre-interrogatoire lui a enlevé du poids. Il est évident que la principale question qui se posait aux jurés était celle de la crédibilité de la plaignante.

The case of *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168, established the standard of review when considering an appeal under s. 686(1)(a)(i). At page 184, McIntyre J., for the Court, quoted from the earlier decision of *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275:

I do not read the above as meaning that the duty of the Court of Appeal is to reach its opinion on the basis of what its members think they would have decided if sitting as the jury so that, if they are not convinced that they would have rendered the same verdict, they are to find it unreasonable [T]he question is whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered. [Emphasis added in *Yebe*s.]

McIntyre J. went on to say at p. 186:

The function of the Court of Appeal, under [s. 686(1)(a)(i)] of the *Criminal Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. [Emphasis added.]

This general approach under s. 686(1)(a)(i) has been recently confirmed and expanded upon in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, where the issue raised was whether the test as established in *Yebe*s applied equally to cases where the verdict was based on findings of credibility.

McLachlin J., writing for this Court, restated the *Yebe*s test and confirmed that it applied to verdicts based on credibility in the following language (at pp. 131-32):

In my opinion, it does. The test remains the same: could a jury or judge properly instructed and acting reasonably have convicted? That said, in applying the test the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. This Court has repeatedly

L'arrêt *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168, a établi la norme à suivre dans l'examen d'un appel fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(i). À la page 184, le juge McIntyre cite, au nom de la Cour, l'extrait suivant de la décision antérieure *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275:

Je ne pense pas que ce que je viens de citer signifie que le rôle de la Cour d'appel soit de statuer selon ce que ses membres pensent qu'ils auraient décidé s'ils avaient siégé en tant que jury, de telle sorte que, s'ils ne sont pas convaincus qu'ils auraient rendu le même verdict, ils doivent le trouver déraisonnable. [. . .] [L]a question est de savoir si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. [Souligné dans *Yebe*s.]

Le juge McIntyre ajoute, à la p. 186:

La fonction de la Cour d'appel, aux termes du sous-al. [686(1)(a)(i)] du *Code criminel*, dépasse la simple conclusion qu'il y a des éléments de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. La Cour doit déterminer d'après l'ensemble de la preuve si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la Cour d'appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d'appliquer le critère elle doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer. [Je souligne.]

Cette conception générale, fondée sur le sous-al. 686(1)(a)(i), a récemment été confirmé et approfondi dans l'affaire *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, où il s'agissait de savoir si le critère établi dans *Yebe*s s'appliquait également aux cas où le verdict était fondé sur des conclusions en matière de crédibilité.

Le juge McLachlin a, au nom de notre Cour, exposé de nouveau le critère de l'arrêt *Yebe*s et confirmé qu'il s'appliquait aux verdicts fondés sur la crédibilité (aux pp. 131 et 132):

À mon avis, elle s'applique. Le critère demeure le même: un jury ou un juge ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement aurait-il pu déclarer l'accusé coupable? Cela étant dit, dans l'application de ce critère, la cour d'appel devrait faire preuve

affirmed the importance of taking into account the special position of the trier of fact on matters of credibility. . . . The trial judge has the advantage, denied to the appellate court, of seeing and hearing the evidence of witnesses. However, as a matter of law it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable. [Emphasis added.]

Therefore, the Court of Appeal as the first step had to re-examine, and to some extent at least, reweigh and consider the effect of the evidence in order to determine whether a properly instructed jury acting judicially could reasonably render that verdict. A somewhat detailed review of the evidence is necessary.

In her examination in chief, the complainant testified:

Q. Now after that first time, did anything like this ever happen again?

A. Yes it did.

Q. How many times?

A. Every time I went over to use the phone up until we moved to Johnstown.

Q. And how many times would that have been?

A. Several.

Q. Do you have any idea how many?

A. 10 to 20 maybe. Maybe a few more. [Emphasis added.]

However, in cross-examination, she swore:

Q. And as your statement has indicated, you speak about the first time and then you say it happened again two other times?

A. I do believe it happened like more that I think about it, it happened quite often.

d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. A maintes reprises, notre Cour a souligné combien il était important de tenir compte de la position privilégiée du juge des faits relativement à des questions de crédibilité [. . .] Le juge de première instance a l'avantage, que n'a pas la cour d'appel, de voir et d'entendre les témoins. Toutefois, en droit, la cour d'appel conserve le pouvoir d'écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après avoir étudié l'ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable. [Je souligne.]

Par conséquent, la Cour d'appel devait d'abord réexaminer et, dans une certaine mesure tout au moins, réévaluer et étudier les effets du témoignage afin de déterminer si un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit de façon judiciaire pourrait raisonnablement rendre ce verdict. Un examen quelque peu détaillé de la preuve s'impose.

Dans son interrogatoire principal, la plaignante a témoigné:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, après cette première fois, s'est-il jamais reproduit quelque chose de semblable?

R. Oui, en effet.

Q. Combien de fois?

R. Chaque fois que j'y allais pour téléphoner jusqu'à ce que nous déménagions à Johnstown.

Q. Et combien de fois serait-ce arrivé?

R. Plusieurs fois.

Q. Avez-vous une idée du nombre de fois?

R. De 10 à 20 fois peut-être. Peut-être un peu plus. [Je souligne.]

Cependant, en contre-interrogatoire, elle a affirmé sous serment:

[TRADUCTION]

Q. Et si l'on se reporte à votre déclaration, vous parlez de la première fois et ensuite vous dites que ça s'est reproduit deux autres fois?

R. Je crois effectivement que ça s'est produit ainsi plus que j'y pense, ça s'est produit assez souvent.

Q. But you said during your initial flashback and then having read the statement, it happened again two other times?

A. That's correct.

Q. And then at the preliminary inquiry you were asked as well about how many times it occurred?

A. That's correct.

Q. For Your Honour and my friend it is at page 125 the transcript of the preliminary inquiry before His Honour Judge Anderson at line four, three I suppose. And you were being asked these questions by Mr. McGarry. Question: "After that first time, how many times did it happen after that?" Answer: "Approximately five or six, like I would say several times." Do you remember that question and giving that answer?

A. Yes I do.

Q. So that particular time at the preliminary inquiry, you indicated that it happened five or six times?

A. That's true.

Q. Yesterday as I recall you were asked the same question and you told us that it happened 10 to 20 times?

A. That's true. [Emphasis added.]

In addition, as indicated above, the complainant testified during examination in chief that she was raped every time she went over to use the phone, and in cross-examination she stated:

Q. All right, you made these phone calls about once a week on average?

A. Approximately, sometimes more, dependent on what phone calls needed to be made and when type thing.

Q. Okay. So can we agree that maybe at least once a week maybe more, is that fair?

A. That's fair.

Q. All right. And you lived at this address for about a year?

A. That's correct.

Q. Mais vous avez dit durant votre première réminiscence et après lecture de la déclaration, ça s'est produit encore deux autres fois?

R. C'est exact.

Q. Et ensuite à l'enquête préliminaire, on vous a demandé aussi combien de fois cela s'est produit?

R. C'est exact.

Q. Pour votre Seigneurie et mon confrère, c'est à la page 125 de la transcription de l'enquête préliminaire tenue devant monsieur le juge Anderson à la quatrième ligne, troisième je suppose. M^e McGarry vous posait ces questions. Question: «Après cette première fois, combien de fois cela s'est-il produit par la suite?» Réponse: «Environ cinq ou six fois, je dirais plusieurs fois.» Vous souvenez-vous de cette question et de la réponse donnée?

R. Oui, je m'en souviens.

Q. Donc, à ce moment-là lors de l'enquête préliminaire, vous avez indiqué que cela s'était produit cinq ou six fois?

R. C'est vrai.

Q. Hier, si je me rappelle bien, on vous a posé la même question et vous nous avez dit que cela s'est produit de 10 à 20 fois?

R. C'est vrai. [Je souligne.]

De plus, comme indiqué ci-dessus, la plaignante a témoigné, durant l'interrogatoire principal, qu'elle a été violée chaque fois qu'elle y est allée pour téléphoner, et, en contre-interrogatoire, elle a déclaré:

[TRADUCTION]

Q. D'accord, vous faisiez ces appels téléphoniques environ une fois par semaine en moyenne?

R. Approximativement, parfois plus, selon les appels téléphoniques à faire et le moment de ce genre de chose.

Q. Ça va. Pouvons-nous nous entendre pour dire que c'était peut-être une fois par semaine peut-être plus, est-ce juste?

R. C'est juste.

Q. D'accord. Et vous avez habité à cette adresse pendant environ un an?

R. C'est exact.

Q. And this occurred each and every time you went to make a phone call?

A. Not each and every time but most of them. [Emphasis added.]

This cross-examination confirmed the complainant's evidence in chief, that she was sexually assaulted almost every week over the course of a year or approximately 40 such assaults.

The complainant was confronted with two sworn statements she had made in separate proceedings. The first was an affidavit sworn by the complainant on November 3, 1989 in proceedings over the wardship of her son, Tommy. Paragraph 12(a) of this affidavit stated that "I have never been party to nor have I ever permitted my son to be abused either sexually or physically."

Her evidence on cross-examination stated:

Q. . . . Is that in fact the affidavit that you recall swearing?

A. Yes it is.

Q. Now if I could just direct you [A.] to a portion of it, paragraph 12(a). Could you read that over to yourself?

A. This one.

Q. Yes. It indicates and correct me if I am wrong, "I have read the affidavits of Maureen McDougall [sic] and Pam Gumbridy [sic] to November 3rd, 1989 and state a) I have never been party to nor have I ever permitted my son to be abused either sexually or physically." Was that true?

A. No but I um, I was like blocking out my own sexual abuse therefore I was blocking out that Tommy may have or may not have been sexually abused.

Q. So that portion, that paragraph 12(a), that wasn't a true statement was it?

A. No.

Q. Et cela se produisait chaque fois que vous alliez téléphoner?

R. Pas chaque fois mais la plupart du temps. [Je souligne.]

Ce contre-interrogatoire a confirmé le témoignage principal de la plaignante, selon lequel elle a été agressée sexuellement presque chaque semaine durant un an ou a été victime d'environ 40 agressions de ce genre.

La plaignante a été mise en présence de deux déclarations qu'elle avait faites sous serment dans des instances distinctes. La première comportait un affidavit que la plaignante avait fait le 3 novembre 1989 dans une instance relative à la tutelle de son fils Tommy. À l'alinéa 12a) de cet affidavit, il est écrit que [TRADUCTION] «Je n'ai jamais permis que mon fils soit victime d'abus sexuels ou de mauvais traitements, ni n'ai jamais été complice de telles choses.»

En contre-interrogatoire, elle a déclaré:

[TRADUCTION]

Q. . . . Est-ce effectivement l'affidavit que vous vous souvenez d'avoir fait?

R. Oui, c'est cela.

Q. Maintenant si je pouvais tout simplement vous indiquer, [A.], un passage de ce texte, l'alinéa 12a). Pourriez-vous le lire pour vous-même?

R. Celui-ci.

Q. Oui. Il mentionne, et corrigez-moi si j'ai tort: «J'ai lu les affidavits de Maureen McDougall (sic) et de Pam Gumbridy (sic) jusqu'au 3 novembre 1989 et déclare a) je n'ai jamais permis que mon fils soit victime d'abus sexuels ou de mauvais traitements, ni n'ai jamais été complice de telles choses.» Est-ce que c'était vrai?

R. Non, mais je hum, je refoulais comme qui dirait les abus sexuels dont j'avais moi-même été victime, donc je refoulais le fait que Tommy ait pu ou non être victime d'abus sexuels.

Q. Donc, ce passage, cet alinéa 12a), ce n'était pas vrai, n'est-ce pas?

R. Non.

This affidavit was sworn only two months before the alleged recall by her through the "flashbacks" in January of 1990.

The second of these statements came in an application for monetary support of her son from the man she alleged to be her son's father. During the course of her testimony in this application on June 30, 1987, she testified that she had been a virgin before having sex with her son's father in 1985.

The complainant explained away these previous and serious inconsistent statements by saying that at the time, she thought they were true. She said that she had "blocked out" memory of the abuse until it returned to her in a "flashback" in January of 1990. However, this boldly contradicted her evidence during examination in chief, where she explained the delay between the alleged abuse and her initial complaint to the police by testifying that she was scared of the appellant.

There was no mention of her memory being "blocked out", or the "flashback" in her testimony until she was confronted with the previous inconsistent sworn statements in cross-examination.

A very disturbing aspect of the complainant's testimony were the circumstances in which she admitted that these "flashbacks" came to her. During the period immediately preceding her initial statement to the police, the complainant was involved in proceedings with the Children's Aid Society in an attempt to regain custody of her son, Tommy. He had been taken into custody by the Children's Aid Society on October 20, 1989, and from that time onward the complainant had supervised visits with him at the Children's Aid Society. During these visits, she met with representatives of the Children's Aid Society, and also met with the police during a number of these visits.

The following is a portion of the complainant's cross-examination:

Cet affidavit a été fait seulement deux mois avant que ses prétendus souvenirs remontent à la surface en janvier 1990.

^a La deuxième de ces déclarations a été faite dans le cadre d'une demande visant à obtenir, pour son fils, le versement d'une pension alimentaire par l'homme qui, prétendait-elle, en était le père. Au cours de son témoignage lors de cette demande, le 30 juin 1987, elle a affirmé avoir conservé sa virginité jusqu'à ce qu'elle ait des relations sexuelles avec le père de son fils en 1985.

^c La plaignante a justifié ces déclarations contradictoires antérieures et importantes par le fait qu'elle les croyait véridiques à l'époque. Elle a soutenu avoir «refoulé» les mauvais traitements jusqu'à ce qu'ils remontent à la surface en janvier 1990. Toutefois, cela contredisait carrément son témoignage en interrogatoire principal, où elle avait expliqué le délai écoulé entre les prétendus mauvais traitements et la première plainte à la police, par le fait qu'elle avait peur de l'appellant.

^f Aucune mention n'avait été faite de ce «refoulement» ni de sa réminiscence jusqu'à ce qu'elle soit mise en présence des déclarations contradictoires faites antérieurement sous serment lors du contre-interrogatoire.

^g Les circonstances dans lesquelles la plaignante reconnaissait avoir eu ces réminiscences constituaient un aspect fort troublant de son témoignage. Durant la période qui a précédé immédiatement sa première déclaration à la police, la plaignante participait à des procédures impliquant la Société d'aide à l'enfance, en vue de recouvrer la garde de son fils Tommy. La garde de celui-ci avait été confiée à la Société d'aide à l'enfance le 20 octobre 1989 et, à partir de ce moment-là, la plaignante avait pu visiter son fils sous surveillance au bureau de la Société. Au cours de ces visites, elle a rencontré des représentants de la Société d'aide à l'enfance et parfois des policiers.

^j Voici un extrait du contre-interrogatoire de la plaignante:

Q. Would you agree that in the past [A.] that you have characterized what the police did in terms of the talks that [they] had with you as hounding you?

A. That's correct.

Q. So you have indicated that in the past?

A. That's correct.

Q. And that is the way you felt about it sometime prior to today?

A. That's correct.

Q. And would you agree that they would tell you of an incident and tell you to think about it and if you thought about it long enough you might have a flashback and in your mind remember it, correct?

A. That's correct.

Q. Now how would these flashbacks occur, would they be when you were sleeping?

A. I could be wide awake or they could happen whenever I am sleeping.

Q. And you would be concentrating on what the police had told you and eventually this flashback would happen?

A. That's correct.

Q. All right. And would you not also agree with me [A.] that on occasion you were told that your cooperation would assist you with respect to the access or care of Tommy?

A. That's correct.

Q. And that as a mother certainly was high in your list of priorities?

A. That's correct.

. . .

Q. So you were memory blocking at that time?

A. That's correct.

Q. And then memory blocking later on when you swore the affidavit of November of 1989?

A. That's correct. Like none of the molestation came back until approximately 1990, until after I got thinking about it and what not.

Q. And not until 1990 after your son was taken into care on October 20th of 1989?

[TRANSCRIPTION]

Q. Seriez-vous d'accord, [A.], pour dire que, dans le passé, vous avez qualifié d'acharnement ce que les policiers ont fait sous forme de conversations avec vous?

R. C'est exact.

Q. Donc, vous l'avez indiqué dans le passé?

R. C'est exact.

Q. Et c'est ce que vous ressentiez à ce sujet jusqu'à maintenant?

R. C'est exact.

Q. Et seriez-vous d'accord pour dire qu'ils vous parlaient d'un incident et vous disaient d'y penser et que si vous y pensiez suffisamment longtemps des souvenirs pourraient remonter à la surface, exact?

R. C'est exact.

Q. Maintenant, comment ces souvenirs remontaient-ils à la surface, était-ce pendant votre sommeil?

R. Je pouvais être tout à fait réveillée ou ils pouvaient survenir pendant mon sommeil.

Q. Et vous vous concentriez sur ce que les policiers vous avaient dit et à la fin ces souvenirs remontaient à la surface?

R. C'est exact.

Q. D'accord. Et ne seriez-vous pas d'accord avec moi, [A.], pour dire qu'à l'occasion on vous a dit que votre coopération vous aiderait en ce qui concernait le droit de visiter ou de garder Tommy?

R. C'est exact.

Q. Et cela avait certainement une assez grande importance pour vous en tant que mère?

R. C'est exact.

h

. . .

Q. Ainsi, vous refouliez des souvenirs à cette époque?

R. C'est exact.

Q. Et vous en refouliez aussi plus tard lorsque vous avez fait l'affidavit en novembre 1989?

R. C'est exact. Ainsi, aucune des agressions n'est revenue à ma mémoire avant 1990 environ, jusqu'à ce que j'y pense et je ne sais quoi encore.

Q. Et pas avant 1990, après que votre fils eut été pris en charge le 20 octobre 1989?

A. That's correct.

Q. And the police and the Children's Aid Society who-
ever started talking to you?

A. That's correct.

Q. And asking for cooperation?

A. That's correct.

Q. Cooperation that which would perhaps result in your return of Tommy to you?

A. Pardon.

Q. Cooperation which would perhaps return Tommy to your care?

A. That's correct.

Q. So you weren't lying when you said this in order to get support for your son monetarily to give him the best, were you?

A. No.

Q. You were memory blocking again?

A. That's correct.

Q. Now in addition [A.] to the police suggesting things which would result in what we call flashbacks the police would at times indicate to you that you perhaps could go to jail yourself if you weren't cooperative?

A. That's correct.

Q. And that certainly caused you a great deal of concern?

A. Yes it did.

Q. Because not only would your son be in care, would not be returned to you but you would be in a position where your son couldn't be returned to your care?

A. That's true.

Q. And the prospect [of] incarceration in jail was certainly in and of itself cause for fear in you?

A. That's correct.

Q. Now with respect to the Children's Aid Society workers and or the police, they wished you to cooperate not only with respect to events regarding Tommy but with respect to events regarding yourself?

A. That's correct.

R. C'est exact.

Q. Et les policiers et la Société d'aide à l'enfance, qui que ce soit qui ait commencé à vous parler?

a R. C'est exact.

Q. Et à demander votre coopération?

R. C'est exact.

b Q. Coopération qui vous permettrait peut-être de ravo-
Tommy?

R. Pardon.

Q. Coopération qui vous permettrait peut-être de ravo-
la garde de Tommy?

c R. C'est exact.

Q. Donc vous ne mentiez pas lorsque vous avez dit cela afin d'obtenir une aide financière pour votre fils, pour lui donner ce qu'il y a de mieux, n'est-ce pas?

d R. Non.

Q. Vous refouliez encore vos souvenirs?

R. C'est exact.

e Q. Maintenant, [A.], en plus de vous suggérer des choses qui amèneraient ce que nous appelons des réminiscences, les policiers vous indiquaient à l'occasion que vous pourriez peut-être vous retrouver en prison si vous ne coopériez pas?

f R. C'est exact.

Q. Et cela devait certainement vous inquiéter grandement?

g R. Oui, en effet.

Q. Parce que non seulement la garde de votre fils vous serait retirée, il ne vous serait pas rendu, mais vous seriez dans une position où votre fils ne pourrait pas être confié à votre garde?

h R. C'est vrai.

Q. Et la perspective d'être incarcérée devait certainement en soi vous effrayer?

i R. C'est exact.

Q. Maintenant, quant aux travailleurs sociaux de la Société d'aide à l'enfance ou aux policiers, ils voulaient que vous coopériez non seulement au sujet d'événements concernant Tommy, mais encore au sujet d'événements vous concernant vous-même?

j R. C'est exact.

Q. Part of the process was indicated to you to assist you in perhaps having Tommy returned would be an admission on your part that things had happened to you?

A. That's correct.

Q. And given the pressure of the situation and all of those things about your son in your mind eventually you told the police about an incident with respect to Mr. François, correct?

A. It wasn't like due to the pressure and that, it happened.

Q. It happened.

A. It happened and I felt the trust within the police to go to them and to tell them what had happened.

Q. The police that had been hounding you?

A. That's correct.

Q. You began to trust them?

A. That's correct.

. . . .

[regarding her initial statement to police]

Q. And when you gave that statement you were attempting to assist the police?

A. That's correct.

Q. You racked your brain and you had this flashback and you decided you were going to tell them about it?

A. That's correct.

Q. However the sequence of giving that statement is that you would come for one of your supervised visits with Tommy, correct?

A. That's correct.

Q. At the Children's Aid Society office and on your way leaving the visit, the police approached you, correct?

A. That's correct, I do believe.

Q. It wasn't your approaching them with this flashback rather it was on your way out, them approaching you?

Q. Une partie du processus vous a été indiquée pour vous aider peut-être à savoir Tommy, elle comprendrait un aveu de votre part que des choses vous étaient arrivées?

^a R. C'est exact.

Q. Et vu la pression exercée par la situation et toutes ces choses que vous aviez à l'esprit au sujet de votre fils, à la fin vous avez parlé aux policiers d'un incident impliquant M. François, exact?

^b R. Ce n'était pas comme qui dirait à cause de la pression, et voilà ça s'est produit.

Q. Ça s'est produit.

^c R. Ça s'est produit et j'ai senti que je pouvais faire confiance aux policiers et aller leur dire ce qui s'était produit.

Q. Les policiers qui s'étaient acharnés contre vous?

^d R. C'est exact.

Q. Vous avez commencé à leur faire confiance?

R. C'est exact.

^e

. . . .

[en ce qui concerne sa première déclaration aux policiers]

^f Q. Et lorsque vous avez fait cette déclaration, vous tentiez d'aider les policiers?

R. C'est exact.

Q. Vous vous êtes creusé la tête et vous avez eu cette réminiscence et vous avez décidé d'aller leur en parler?

R. C'est exact.

^h Q. Toutefois, l'occasion de faire cette déclaration s'est présentée après l'une de vos visites sous surveillance à Tommy, exact?

R. C'est exact.

ⁱ Q. Au bureau de la Société d'aide à l'enfance et à la sortie de cette visite, les policiers vous ont abordée, exact?

R. C'est exact, je crois.

^j Q. Ce n'est pas vous qui les avez abordés après cette réminiscence, mais ce sont eux qui vous ont abordée à votre sortie de la visite?

- A. Well they approached me and then I came forward and told them about having the flashback and what not.
- Q. And what did they approach you and ask you to come into their office?
- A. Just that they would like to talk to me, I am not sure if they approached me or just left a message at the C.A.S. office for me to stop in.
- Q. Okay. And when did you have that flashback?
- A. Pardon?
- Q. When did you have the flashback in your memory that caused you to remember about what you said to us about Mr. François?
- A. I do believe it was the night or evening before.
- Q. And at that point you hadn't had the message, received any messages to see the police?
- A. No so like I was going to approach them, only that they had left the message for me, so it worked out kind of.
- Q. Do you remember the circumstances under which you had this flashback?
- A. No I don't.
- Q. And by coincidence it was the night before you were going to have a visit with your son Tommy?
- A. That's correct.
- Q. And in addition it's a coincidence that the police wanted to talk to you because of course it would be your intention to come forward and tell them about what you had the flashback on?
- A. Yes it is.
- Q. Did you phone anybody that particular evening and say listen I would like to talk to somebody while it is really fresh in my memory?
- A. No I didn't, actually I do believe I wrote important points down on a piece of paper as I remembered them. [Emphasis added.]
- R. Bien, ils m'ont abordée et ensuite j'ai offert de leur parler de la réminiscence et je ne sais quoi encore.
- Q. Et pourquoi vous ont-ils abordée et vous ont-ils demandé de vous rendre à leur bureau?
- R. Ils voulaient seulement me parler, je ne suis pas certaine s'ils m'ont abordée ou s'ils m'ont seulement laissé un message au bureau de la S.A.E. pour que je m'y arrête.
- Q. Ça va. Et quand avez-vous eu cette réminiscence?
- R. Pardon?
- Q. Quand avez-vous eu cette réminiscence qui vous a amenée à vous souvenir de ce que vous nous avez dit au sujet de M. François?
- R. Je crois que c'était la nuit ou le soir qui a précédé.
- Q. Et à ce moment-là vous n'aviez pas eu le message, vous n'aviez reçu aucun message vous demandant de rencontrer les policiers?
- R. Non, donc comme j'étais sur le point de les aborder, ils avaient seulement laissé un message à mon intention, ça s'est donc passé à peu près ainsi.
- Q. Vous souvenez-vous des circonstances dans lesquelles vous avez eu cette réminiscence?
- R. Non, je ne m'en souviens pas.
- Q. Et par une coïncidence, c'était la nuit qui a précédé une visite à votre fils Tommy?
- R. C'est exact.
- Q. Et de plus, c'est une coïncidence si les policiers voulaient vous parler parce que, naturellement, vous aviez l'intention d'aller leur parler du sujet de votre réminiscence?
- R. Oui, c'est cela.
- Q. Avez-vous téléphoné à quelqu'un ce soir-là pour lui dire que vous aimeriez parler à quelqu'un pendant que c'était tout frais dans votre mémoire?
- R. Non, je ne l'ai pas fait, à vrai dire je crois avoir écrit, sur un bout de papier, quelques points importants dont je me rappelais. [Je souligne.]

These passages portray a picture of a mother who was experiencing a great deal of stress because of wardship proceedings over her son, and who felt that she had to cooperate with the police

Ces extraits font voir une mère qui éprouvait énormément de stress à cause de l'instance de tutelle concernant son fils et estimait devoir coopérer avec les policiers et la Société d'aide à l'en-

and the Children's Aid Society in order to obtain custody of her son, and also to avoid going to jail herself.

The police and the Children's Aid Society led her to believe, whether intentionally or not, that disclosure of some disturbing event from her past would be helpful in this regard. It was the police, according to the complainant, who suggested that if she thought long enough about her past, that she might remember something in a "flashback". In fact, she testified that these flashbacks occurred while she was concentrating on what the police had told her.

Given the inconsistencies of the evidence, the suspicious circumstances of the flashbacks, the powerful motive to lie or unconsciously fabricate these memories in order to please the authorities and obtain custody of her son and avoid jail, the question is whether the sum of these irregularities are sufficient to make the jury's verdict of "guilty" unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i).

The Ontario Court of Appeal carefully assessed the possible effect of the jury's question and the unusually early verdict thereafter. With respect I think that question appears to have preoccupied the appeal judges and diverted their attention from the obligation imposed by *Yebe*s and *W. (R.)*.

As a result of the omission it is necessary for this Court, in determining whether a properly instructed jury, acting judicially, could have reached that verdict, to re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence.

This is not to say that it is necessary to find any error or omission in the reasoning of the Court of Appeal before this Court can interfere with their decision. When considering the reasonableness of a verdict, this Court is entitled, and obligated, to consider the matter anew. If we should come to a different conclusion from the Court of Appeal after fully reviewing the evidence at trial, then we are

fance afin d'obtenir la garde de son fils et également d'éviter elle-même la prison.

Les policiers et la Société d'aide à l'enfance l'ont, intentionnellement ou non, amenée à croire que la divulgation de quelque événement troublant de son passé pourrait l'aider à cet égard. Selon la plaignante, ce sont les policiers qui ont laissé entendre que, si elle y pensait suffisamment longtemps, elle pourrait avoir des «réminiscences». En fait, elle a témoigné que ces réminiscences sont survenues pendant qu'elle se concentrait sur ce que les policiers lui avaient dit.

Étant donné les incohérences qui ressortent de la preuve, les circonstances suspectes des réminiscences, le mobile qui incitait fortement à mentir ou à inventer inconsciemment ces souvenirs pour plaire aux autorités, obtenir la garde de son fils et éviter la prison, il s'agit de savoir si l'ensemble de ces irrégularités suffit à rendre le verdict de culpabilité du jury déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i).

La Cour d'appel de l'Ontario a examiné minutieusement l'effet possible de la question posée par les jurés et le verdict qui a suivi de façon inhabituellement rapide. En toute déférence, il me semble que cette question a préoccupé les juges de la Cour d'appel et détourné leur attention de l'obligation que leur imposaient les arrêts *Yebe*s et *W. (R.)*.

En raison de cette omission, notre Cour doit réexaminer et dans une certaine mesure réévaluer et étudier l'effet de la preuve pour déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de façon judiciaire aurait pu en arriver à ce verdict.

Cela ne veut pas dire qu'il est nécessaire de conclure à l'existence d'une erreur ou d'une omission dans le raisonnement de la Cour d'appel pour que notre Cour puisse modifier sa décision. Lorsqu'elle examine si un verdict est raisonnable, notre Cour a le droit et est obligée d'étudier la question de nouveau. Si, après un examen complet de la preuve produite au procès, nous arrivons à une conclusion

bound to allow the appeal. This point was made clear by McIntyre J. in *Yebes*, where he said at p. 186:

This Court, in considering an appeal where the sole issue raised is the application of [s. 686(1)(a)(i)] of the Code, must put itself in the place of the Court of Appeal and, pursuant to the powers given in [s. 695(1)] of the Code, consider the matter anew, and if error be found make such order as the Court of Appeal should have made. [Emphasis added.]

The question of the reasonableness of the verdict is, itself, a question of law, and if this Court disagrees with the Court of Appeal's conclusion in this regard, then we are bound to allow the appeal even if no other error is demonstrated.

Clearly, by enacting s. 686(1)(a)(i), Parliament has given appellate courts the jurisdiction to on occasion interfere with a jury verdict, even where there is no error of law, but purely on the basis of unreasonableness. In fact, if there is an error, such as in the charge, this error itself is sufficient to set aside the verdict and there is no need in that circumstance to have to rely on s. 686(1)(a)(i).

It follows that s. 686(1)(a)(i) contemplates a situation where the trial judge and counsel's actions have been proper, where there is evidence upon which the jury could base its decision, but in spite of those ingredients of a fair trial the decision is unreasonable.

The fact that this case turns on a finding of credibility by the jury is not determinative. *R. v. W. (R.)*, *supra*, clearly holds that in appropriate cases verdicts can be found to be unreasonable, even where the verdict hinges on a finding of credibility.

It has long been established that appellate courts are to show great deference to the trier of fact, whether a judge sitting alone or more particularly a jury given the advantage they enjoy in seeing and hearing the witness. It requires unusual circum-

différente de celle de la Cour d'appel, il nous incombe alors d'accueillir le pourvoi. C'est ce que le juge McIntyre affirme clairement dans l'arrêt *Yebes*, à la p. 186:

Lorsque cette Cour examine un pourvoi où la seule question soulevée est celle de l'application du [sous-al. 686(1)(a)(i)] du Code, elle doit se mettre à la place de la Cour d'appel et, en conformité des pouvoirs attribués dans le [par. 695(1)] du Code, examiner la question de nouveau et, s'il y a une erreur, rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre. [Je souligne.]

La question du caractère raisonnable du verdict est elle-même une question de droit et, si notre Cour est en désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel à cet égard, il nous incombe alors d'accueillir le pourvoi même si l'existence d'une autre erreur n'est pas démontrée.

Il est évident qu'en adoptant le sous-al. 686(1)(a)(i) le législateur a donné aux cours d'appel le pouvoir de modifier à l'occasion le verdict d'un jury simplement parce qu'il est déraisonnable, même s'il n'y a aucune erreur de droit. En fait, s'il y a erreur, comme dans l'exposé au jury, cette erreur suffit en soi pour annuler le verdict et il n'est pas nécessaire, dans ce cas, de s'appuyer sur le sous-al. 686(1)(a)(i).

Il s'ensuit que le sous-al. 686(1)(a)(i) envisage le cas où le juge du procès et les avocats ont agi correctement, où il existe des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait fonder sa décision, mais où, malgré la présence de ces éléments d'un procès juste, la décision est déraisonnable.

Il n'est pas déterminant que l'issue de la présente affaire dépende d'une conclusion du jury relativement à la crédibilité. Dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, précité, il est statué clairement que, dans des cas appropriés, on peut juger que le verdict est déraisonnable, même lorsque celui-ci dépend d'une conclusion en matière de crédibilité.

Il est établi depuis longtemps que les cours d'appel doivent faire preuve d'un grand respect envers le juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge seul ou plus particulièrement d'un jury, étant donné l'avantage qu'ils ont de voir et d'entendre le

stances to depart from that principle. However, juries are not blessed with infallibility. Given the unusual environment of a trial and the adversarial nature of our law, unreasonable results on occasion do occur. Paying deference to the findings of fact by a jury does not permit appellate courts to wash their hands in every case where the verdict turns on a finding of credibility.

The deference to be shown to a trier of fact on questions of credibility, while high, is not absolute. McLachlin J. makes this clear in *W. (R.)* when she says that it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility when, after giving appropriate deference to the advantage enjoyed by the trier of fact, the appellate court still considers the verdict to be unreasonable.

The remaining question is whether, after giving full consideration to the advantage enjoyed by the jury in assessing the complainant's credibility, the verdict in this case is unreasonable. It is my opinion that it is. If the contradictions in the complainant's evidence are weighed with the suspicious circumstances in which the allegations arose, it is unfathomable that a properly instructed jury would not have at least a reasonable doubt of appellant's guilt following the complainant's testimony.

In a criminal case, and its accompanying burdens of proof, the test under s. 686(1)(a)(i) is whether it is unreasonable that the jury did not have a reasonable doubt. After reading the complainant's testimony in its entirety and in particular the contradictory passages already referred to, and allowing for the advantage enjoyed by the jury in assessing the complainant's credibility, nonetheless it is unreasonable that the jury did not have a reasonable doubt.

témoin. Il faut des circonstances inhabituelles pour déroger à ce principe. Toutefois, les jurys ne sont pas infaillibles. Vu l'environnement inhabituel d'un procès et étant donné que notre droit repose sur un système de débat contradictoire, on aboutit effectivement parfois à des résultats déraisonnables. Le respect dont les cours d'appel font preuve envers les conclusions de fait d'un jury ne les autorise pas à s'en laver les mains chaque fois que le verdict repose sur une conclusion relative à la crédibilité.

Bien qu'il faille faire preuve d'un grand respect envers le juge des faits, relativement à des questions de crédibilité, ce respect n'est toutefois pas absolu. C'est ce que dit clairement le juge McLachlin, dans l'arrêt *W. (R.)*, lorsqu'elle affirme que la cour d'appel conserve le pouvoir d'écarter un verdict fondé sur des conclusions en matière de crédibilité dans les cas où, après avoir dûment tenu compte de l'avantage dont jouissait le juge des faits, elle considère encore que le verdict est déraisonnable.

Il reste à savoir si, compte tenu de l'avantage dont jouissait le jury pour évaluer la crédibilité de la plaignante, le verdict est déraisonnable en l'espèce. Je suis d'avis qu'il l'est. Si on évalue les contradictions qui ressortent du témoignage de la plaignante en fonction des circonstances suspectes à l'origine des allégations, il est incompréhensible qu'un jury ayant reçu des directives appropriées n'ait pas eu au moins un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appelant à la suite du témoignage de la plaignante.

Dans une affaire criminelle et avec le fardeau de la preuve qu'une telle affaire comporte, il s'agit, selon le critère prévu au sous-al. 686(1)a(i), de déterminer s'il est déraisonnable que le jury n'ait pas eu un doute raisonnable. Après avoir lu en entier le témoignage de la plaignante et, en particulier, les passages contradictoires déjà mentionnés, et compte tenu de l'avantage dont jouissaient les jurés pour évaluer la crédibilité de la plaignante, il est néanmoins déraisonnable que les jurés n'aient pas eu un doute raisonnable.

In coming to this conclusion, I am aware of McLachlin J.'s reasons in *W. (R.)*. That case, like this one, revolved around the question of whether or not the verdict could be said to be unreasonable, given the fact that there were inconsistencies in the evidence of the complainants. McLachlin J. held that the Court of Appeal erred by holding that the extent of the inconsistencies was sufficient to meet the test in s. 686(1)(a)(i), and that the trial judge properly weighed and considered all of the evidence, in particular the age of the children and the significance of the inconsistencies, in finding the accused guilty.

There are a number of distinctions between *W. (R.)* and the case on appeal that warrant a different outcome.

To begin, the inconsistent evidence in *W. (R.)* came from the two youngest complainants. The first of these two was between two and four years old at the time of the offences and nine years old at the time of trial. The second was between nine and ten at the time of the offences, and 12 at the time of trial. McLachlin J. reviewed the law as it relates to children's evidence, and said that such inconsistencies should be considered in the context of the age of the witness at the time of the events to which he or she is testifying. Having regard for the children's ages at the time of the offences and at the time of the trial, it is not surprising that there would be some inconsistencies in their evidence that were not fatal to that case.

In the present appeal, however, the complainant was 13 years old at the time of the alleged offences, and 23 at the time of trial. She was considerably older both at the time of the events to which she was testifying, and also at the time of trial than the children in *W. (R.)*.

As well, the matters on which there were contradictions in the present case were much more significant than in *W. (R.)*. There were vital inconsistencies in the present case on central matters. These have been noted in detail and include the number of assaults alleged to have occurred, the

J'en arrive à cette conclusion, conscient des motifs du juge McLachlin dans *W. (R.)*. Cette affaire, tout comme le présent pourvoi, tournait autour de la question de savoir s'il était possible ou non de dire que le verdict était déraisonnable, compte tenu des incohérences que comportait le témoignage des plaignantes. Le juge McLachlin a statué que la Cour d'appel avait commis une erreur en concluant que les incohérences étaient suffisamment graves pour satisfaire au critère énoncé au sous-al. 686(1)(a)(i) et qu'en déclarant l'accusé coupable le juge du procès avait bien évalué et étudié tous les éléments de preuve, en particulier, l'âge des enfants et l'importance des incohérences.

Il y a, entre l'arrêt *W. (R.)* et le présent pourvoi, un certain nombre de différences qui justifient une conclusion différente.

Tout d'abord, la preuve contradictoire dans *W. (R.)* émanait des deux plus jeunes plaignantes. La première était âgée de deux à quatre ans au moment des infractions et de neuf ans au moment du procès. La seconde était âgée de neuf à dix ans au moment des infractions et de 12 ans au moment du procès. Le juge McLachlin a examiné le droit relatif aux témoignages d'enfants et a dit qu'il fallait considérer de telles incohérences à la lumière de l'âge du témoin à l'époque où se sont produits les événements au sujet desquels il témoigne. Compte tenu de l'âge des enfants au moment des infractions et au moment du procès, il n'est pas surprenant qu'il y ait eu, dans leur témoignage, des incohérences qui n'étaient pas fatales à l'affaire.

Dans le présent pourvoi, cependant, la plaignante était âgée de 13 ans à l'époque où les infractions auraient été commises et de 23 ans au moment du procès. Elle était beaucoup plus âgée que les enfants de l'arrêt *W. (R.)*, et ce, tant à l'époque où sont survenus les événements dont elle a témoigné qu'au moment du procès.

De plus, les questions au sujet desquelles il y avait des contradictions en l'espèce étaient beaucoup plus importantes que dans *W. (R.)*. Il existait des incohérences fondamentales sur des points essentiels dans le présent pourvoi. Elles ont été mentionnées en détail et concernaient notamment

complainant's explanation for the delay between the assaults and her initial complaint to the police and the suspicious circumstances in which the complaint arose.

By contrast, in *W. (R.)*, the inconsistencies related to matters which could be described as peripheral to the assaults. As McLachlin J. described them at p. 135:

Some of the inconsistencies are minor, for example an error on the distance from a van to a ball game many years ago. Others are more significant, relating to the sleeping arrangements of the three children, the location of the bedrooms in the house and possibly the respondent's nighttime attire.

Finally, the Court of Appeal in *W. (R.)* used the fact that there was no corroborating evidence as one of the reasons for finding that the verdict was unreasonable. In the present case, the lack of corroboration in my opinion is meaningless. The unreasonableness of the verdict is amply demonstrated solely on the inconsistencies and other difficulties with the complainant's evidence.

The extent of the inconsistencies and fragile nature of the complainant's evidence in this appeal is such that it meets the test in s. 686(1)(a)(i) as enunciated in *W. (R.)*.

VI — Conclusion and Disposition

The majority of the Court of Appeal erred by holding that the verdict of the jury in this case was not unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i). While the question asked by the jury is irrelevant to the consideration of this issue, the inconsistencies and suspicions raised during cross-examination were such that a reasonable jury should have at least had a reasonable doubt as to the appellant's guilt. I would therefore allow the appeal, and set aside the conviction.

Appeal dismissed, SOPINKA, CORY and MAJOR JJ. dissenting.

le nombre d'agressions qui auraient été commises, l'explication de la plaignante relativement au délai écoulé entre les agressions et sa première plainte à la police, et les circonstances suspectes à l'origine de la plainte.

Par contre, dans *W. (R.)*, les incohérences concernaient des questions que l'on pourrait qualifier de périphériques aux agressions. Comme le juge McLachlin les décrit, à la p. 135:

Certaines incohérences sont négligeables, notamment l'erreur sur la distance séparant la fourgonnette et un terrain où se disputait une partie de balle il y a de nombreuses années. D'autres, plus importantes, portent sur les dispositions entourant le sommeil des trois enfants, l'emplacement des chambres à coucher dans la maison et peut-être les vêtements de nuit de l'intimé.

Enfin, dans *W. (R.)*, la Cour d'appel a invoqué l'absence de preuve corroborante comme l'un des motifs de conclure que le verdict était déraisonnable. En l'espèce, l'absence de corroboration est, à mon avis, sans importance. Le caractère déraisonnable du verdict ressort amplement des seules incohérences et autres difficultés que pose le témoignage de la plaignante.

L'étendue des incohérences et la précarité du témoignage de la plaignante dans le présent pourvoi sont telles que le verdict satisfait au critère du sous-al. 686(1)(a)(i), énoncé dans *W. (R.)*.

§ VI — Conclusion et dispositif

La Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en concluant que le verdict du jury en l'espèce n'était pas déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)(a)(i). Même si on ne doit pas retenir comme élément pertinent la question posée par le jury, les incohérences et les soupçons qui se sont fait jour durant le contre-interrogatoire étaient tels qu'un jury raisonnable aurait dû au moins avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appelant. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA, CORY et MAJOR sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Chartrand *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHARTRAND

File No.: 23340.

1994: March 15; 1994: July 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Abduction of person under fourteen — Elements of offence — Meaning of word “unlawfully” in English text of s. 281 of Criminal Code — Whether Crown must prove additional unlawful act beyond taking of child by stranger — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 281.

Criminal law — Abduction of person under fourteen — Mens rea — Whether sufficient to establish that taker knew or foresaw that his actions would be certain or substantially certain to result in parents being deprived of ability to exercise control over their child — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 281.

The accused, aged 43, was hitting golf balls in a field in the school yard when T, aged 8, and his friends A and J, asked him if they could catch the balls with their baseball gloves. The young boys had first met the accused in that same field the previous summer, but only knew him by his first name. They played for a while and then A and J left to get refreshments. When they returned, they found T and the accused in a wooded area at the edge of the school yard. The accused was taking pictures of T and, when the two boys began to interfere with that activity, the accused became annoyed and asked them several times to leave him and T alone. Eventually, the accused suggested to T that they could go to a nearby bridge. Although A and J told T not to go, T entered the accused's car and left with him. They drove approximately 2.9 km, stopping at various locations to take pictures. When T's father was informed of the situation by J's mother, he began a search with the help of others, including a police officer. T's father found his child

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **John Chartrand** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. CHARTRAND

^b N° du greffe: 23340.

1994: 15 mars; 1994: 14 juillet.

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

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

Droit criminel — Enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans — Éléments de l'infraction — Signification du mot «unlawfully» dans le texte anglais de l'art. 281 du Code criminel — Le ministère public doit-il établir la perpétration d'un acte illégal autre que l'enlèvement d'un enfant par un étranger? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 281.

Droit criminel — Enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans — Mens rea — Est-il suffisant d'établir que la personne qui a enlevé l'enfant savait ou avait prévu qu'il était certain ou presque certain que ses actes priveraient les parents de la capacité d'exercer leur contrôle sur l'enfant? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 281.

L'accusé, âgé de 43 ans, frappait des balles de golf sur le terrain d'une cour d'école lorsque T, âgé de 8 ans, et ses amis A et J lui ont demandé la permission d'attraper les balles avec leurs gants. Les garçons avaient déjà rencontré l'accusé dans la même cour l'été précédent, mais ne connaissaient que son prénom. Ils ont joué pendant un certain temps, puis A et J sont allés chercher des rafraîchissements. Lorsqu'ils sont revenus, ils ont retrouvé T et l'accusé dans un endroit boisé à l'extrémité de la cour d'école. L'accusé prenait des photos de T et, lorsque les deux garçons ont commencé à déranger la séance de photos, l'accusé, irrité, leur a demandé à plusieurs reprises de les laisser seuls. Finalement, l'accusé a proposé à T de se rendre à un pont situé près de là. Bien que A et J lui aient dit de ne pas accompagner l'accusé, T est monté dans l'auto de ce dernier et est parti avec lui. Ils ont fait un trajet d'environ 2,9 km, s'arrêtant à certains endroits pour prendre des photos. Lorsqu'il a été informé de la situation par la mère de J,

sometime later and confronted the accused. The latter indicated that he had only intended to take pictures of T as a surprise for T's parents. As a consequence of these events, the accused was charged with several offences, including abduction of a person under 14 years of age contrary to s. 281 of the *Criminal Code*. At trial, at the close of the Crown's case, the trial judge granted the defence's motion for a directed verdict on the s. 281 charge. He found that the Crown had failed to prove the essential elements of the offence as there was no evidence upon which a jury properly instructed could arrive at the conclusion that the accused intended to deprive T's parents of the possession of their child by an unlawful act. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The word "unlawfully" (*illégalement*) which appears in the English, but not in the French, text of s. 281 of the *Code* does not entail evidence beyond that of the taking by a person without legal authority over the child. The word "unlawfully" has generally been interpreted to mean "without lawful justification, authority or excuse" and in s. 281 is surplusage as the general defences, justifications and excuses available under the *Code* apply to the offence of abduction just as they do for other offences generally. This interpretation of the word "unlawfully" is in accord with the purpose of the section, which is to prevent and punish a stranger intending to deprive the parent, guardian or person who has the lawful care or charge of the child of the ability to exercise physical control over the child. It also accords with the protection of those persons who innocently take a child out of the control of the person lawfully in charge of the child and who may well be able to provide justification for their conduct. Retaining the word "unlawfully" in the English text of s. 281 was a mere oversight and the French text reflects the true intent of Parliament when it redrafted in 1982 the section to apply only to abduction by strangers. Consequently, there was no necessity for the Crown to prove an additional unlawful act or some element of unlawfulness beyond the taking of a child by a person who did not have lawful authority over the child and the trial judge was in error in so interpreting s. 281 of the *Code*.

le père de T, aidé d'autres personnes, dont un policier, s'est mis à la recherche de son enfant. Il a trouvé T quelque temps plus tard et a confronté l'accusé. Ce dernier a indiqué qu'il avait pris des photos de T pour faire une surprise aux parents du garçon. Par suite de ces événements, l'accusé a été inculpé de plusieurs infractions, dont l'enlèvement d'une personne âgée de moins de 14 ans, en contravention de l'art. 281 du *Code criminel*. Au procès, à la clôture de la preuve du ministère public, le juge du procès a accueilli une requête de la défense visant à obtenir un verdict imposé relativement à l'accusation portée en vertu de l'art. 281. Il a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à établir les éléments essentiels de l'infraction puisqu'il n'existait aucune preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure que l'accusé avait l'intention de priver les parents de T de la possession de leur enfant en commettant un acte illégal. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le terme «unlawfully» du texte anglais de l'art. 281 du *Code*, dont l'équivalent «illégalement» ne figure pas dans le texte français, n'exige d'autre preuve que celle de l'enlèvement par une personne qui n'a aucune autorité légale sur l'enfant. Le terme «unlawfully» a généralement été interprété comme signifiant «sans justification, autorisation ou excuse légitime» et dans l'art. 281 est redondant puisque les moyens de défense, justifications ou excuses généraux offerts dans le *Code* s'appliquent à l'infraction d'enlèvement tout autant qu'à l'égard des infractions en général. Cette interprétation du terme «unlawfully» est conforme à l'objectif de l'article, qui vise à prévenir et punir un étranger qui a l'intention de priver un parent, un tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant de la capacité d'exercer un contrôle physique sur celui-ci. Elle permet également de protéger les personnes qui retirent innocemment un enfant du contrôle de la personne qui en a la charge légale et qui peuvent fort bien justifier leur geste. Le maintien du terme «unlawfully» dans la version anglaise de l'art. 281 est une simple inadvertance, et c'est le texte français qui exprime la véritable intention du législateur lorsque ce dernier a reformulé l'article en 1982 pour l'appliquer uniquement à l'enlèvement par un étranger. En conséquence, il n'était pas nécessaire pour le ministère public d'établir un acte illégal supplémentaire ou quelque élément d'illégalité outre celui, pour une personne n'ayant aucune autorité légitime sur un enfant, d'enlever l'enfant. Le juge du procès a donc commis une erreur en interprétant ainsi l'art. 281 du *Code*.

Although the proof of intent under s. 281 can be met by the intentional and purposeful deprivation of the parent's control over the child, the *mens rea* can be established by the mere fact of depriving the child's parent (or guardian or any other person having the lawful care or charge of the child) of possession of the child through the taking, as long as the trier of fact draws an inference that the consequences of that taking are foreseen by the accused as a certain or substantially certain result from the taking, independently of the purpose or motive for which such taking occurred.

Given the proper interpretation of s. 281 and the evidence adduced, the trial judge erred in granting the motion for a directed verdict and the Court of Appeal should have allowed the appeal. There was evidence upon which a reasonable jury properly instructed could conclude that the accused would have known or foreseen that his actions in taking or enticing the 8-year-old boy would be certain or substantially certain to result in his parents being deprived of their ability to exercise control over him.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471; *R. v. Van Herk* (1984), 12 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Horsford* (1981), 62 C.C.C. (2d) 478; *R. v. Kosowan* (1980), 54 C.C.C. (2d) 571; *R. v. Falvo* (1972), 11 C.C.C. (2d) 378; *Re Bigelow and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 204, leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. v; *R. v. Wasyl Kapij* (1905), 1 W.L.R. 130; *State v. Noble*, 563 P.2d 1153 (1977); *R. v. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074; *R. v. Robinson*, [1948] O.R. 857; *R. v. Patterson* (1930), 55 C.C.C. 218; *R. v. Connolly* (1894), 25 O.R. 151; *Lyons v. Smart* (1908), 6 C.L.R. 143; *R. v. McDougall* (1990), 1 O.R. (3d) 247; *R. v. Meddoui*, [1990] A.J. No. 455 (QL), aff'd [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Manktelow* (1853), 6 Cox C.C. 143; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. v. Rousseau*, [1982] C.S. 461; *R. v. Green* (1989), 89 N.S.R. (2d) 16; *R. v. Whitty* (1977), 12 Nfld. & P.E.I.R. 361; *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Johnson* (1984), 65 N.S.R. (2d) 54; *R. v. Sam*, [1993] Y.J. No. 233 (QL); *R. v. Petropoulos*

Bien que l'on puisse établir l'intention requise à l'art. 281 en démontrant la privation intentionnelle et à dessein du contrôle des parents sur l'enfant, la *mens rea* peut être établie par la simple privation des parents (ou tuteur ou toute personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant) de la possession de leur enfant au moyen de l'enlèvement, pour autant que le juge des faits conclue que l'accusé a prévu certainement ou presque certainement les conséquences de l'enlèvement, indépendamment du mobile ou du but dans lequel l'enlèvement a eu lieu.

Étant donné la juste interprétation de l'art. 281 et la preuve produite, le juge du procès a commis une erreur en accueillant la requête visant à obtenir un verdict imposé, et la Cour d'appel aurait dû accueillir l'appel. Il existait une preuve sur le fondement de laquelle un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure que l'accusé savait ou avait prévu que le fait d'enlever ou d'entraîner l'enfant de 8 ans priverait certainement ou presque certainement ses parents de leur capacité d'exercer leur contrôle sur lui.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471; *R. c. Van Herk* (1984), 12 C.C.C. (3d) 359; *R. c. Horsford* (1981), 62 C.C.C. (2d) 478; *R. c. Kosowan* (1980), 54 C.C.C. (2d) 571; *R. c. Falvo* (1972), 11 C.C.C. (2d) 378; *Re Bigelow and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 204, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. v; *R. c. Wasyl Kapij* (1905), 1 W.L.R. 130; *State c. Noble*, 563 P.2d 1153 (1977); *R. c. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074; *R. c. Robinson*, [1948] O.R. 857; *R. c. Patterson* (1930), 55 C.C.C. 218; *R. c. Connolly* (1894), 25 O.R. 151; *Lyons c. Smart* (1908), 6 C.L.R. 143; *R. c. McDougall* (1990), 1 O.R. (3d) 247; *R. c. Meddoui*, [1990] A.J. n° 455 (QL), conf. par [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Manktelow* (1853), 6 Cox C.C. 143; *R. c. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. c. Rousseau*, [1982] C.S. 461; *R. c. Green* (1989), 89 N.S.R. (2d) 16; *R. c. Whitty* (1977), 12 Nfld. & P.E.I.R. 361; *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306; *R. c. Johnson* (1984), 65 N.S.R. (2d) 54; *R. c. Sam*, [1993] Y.J. n° 233

(1990), 59 C.C.C. (3d) 393; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Elder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 122; *R. v. Leech* (1972), 10 C.C.C. (2d) 149; *R. v. Steane*, [1947] K.B. 997; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

(QL); *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Elder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 122; *R. c. Leech* (1972), 10 C.C.C. (2d) 149; *R. c. Steane*, [1947] K.B. 997; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 37, 40.

Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 316.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 250 [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 20], 250.1 [en. *idem*], 250.2 [*idem*].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8(3), 25, 218, 266, 279 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 39], 279.1 [ad. *idem*, s. 40], 280, 281, 282 [am. 1993, c. 45, s. 4], 283 [*idem*, s. 5], 284, 286.

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 236.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 284.

b Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8(3), 25, 218, 266, 279 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 39], 279.1 [aj. *idem*, art. 40], 280, 281, 282 [mod. 1993, ch. 45, art. 4], 283 [*idem*, art. 5], 284, 286.

c *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 236.

Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 316.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 250 [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 20], 250.1 [aj. *idem*], 250.2 [*idem*].

d *Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 284.

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125.

e *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 37, 40.

Authors Cited

Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell, P. J. Richardson and D. A. Thomas. London: Sweet & Maxwell, 1988.

Baudouin, Jean-Louis. "L'enlèvement et la non-représentation d'enfants à la lumière du nouveau droit civil québécois, du droit fédéral et du droit international" (1982-1983), 17 *R.J.T.* 151.

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "unlawfully".

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 78, April 27, 1982, at p. 78:9.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 93, June 3, 1982, at pp. 93:31, 93A:1.

Canada. *Houses of Commons Debates*, vol. X, 1st Sess., 32nd Parl., at pp. 11300, 11344, 11348.

Canada. *Houses of Commons Debates*, vol. XIII, 1st Sess., 32nd Parl., at p. 14187.

Doctrines citées

f Archbold, John Frederick. *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell, P. J. Richardson and D. A. Thomas. London: Sweet & Maxwell, 1988.

g Baudouin, Jean-Louis. «L'enlèvement et la non-représentation d'enfants à la lumière du nouveau droit civil québécois, du droit fédéral et du droit international» (1982-1983), 17 *R.J.T.* 151.

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «unlawfully».

h Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 78, 27 avril 1982, à la p. 78:9.

i Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 93, 3 juin 1982, aux pp. 93:31, 93A:1.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. X, 1^{re} sess., 32^e lég., aux pp. 11300, 11344, 11348.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 1^{re} sess., 32^e lég., à la p. 14187.

- Canada. Minister of Justice. *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*, June 28, 1993.
- Canada. Royal Canadian Mounted Police. *1993 Annual Report on Canada's Missing Children — Missing Children's Registry*, 1993.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Juristat*, vol. 10, No. 15, October 1990.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Dictionary of Canadian Law*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, "unlawfully".
- Ewaschuk, E. G. "Abduction of Children by Parents" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176.
- Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987.
- Gold, Alan D. *Annual Review of Criminal Law — 1984*. Toronto: Carswell, 1984.
- Harris, Seymour Frederick. *Harris's Criminal Law*, 22nd ed. By Ian McLean and Peter Morrish. London: Sweet & Maxwell, 1973.
- Johnstone, Bruce. "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 271.
- LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Criminal Law*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- McDonald, Ryan J. "Missing Children", in *Canadian Social Trends*, No. 24. Ottawa: Statistics Canada, Spring 1992, 2.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.
- Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.
- Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.
- Williams, Glanville. "Intents in the Alternative" (1991), 50 *Cambridge L.J.* 120.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- Canada. Gendarmerie royale du Canada. *Rapport annuel sur les enfants perdus au Canada 1993 — Bureau d'enregistrement des enfants disparus*, 1993.
- Canada. Ministère de la Justice. *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)*, 28 juin 1993.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Juristat*, vol. 10, n° 15, octobre 1990.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Dictionary of Canadian Law*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, «unlawfully».
- Ewaschuk, E. G. «Abduction of Children by Parents» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176.
- Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987.
- Gold, Alan D. *Annual Review of Criminal Law — 1984*. Toronto: Carswell, 1984.
- Harris, Seymour Frederick. *Harris's Criminal Law*, 22nd ed. By Ian McLean and Peter Morrish. London: Sweet & Maxwell, 1973.
- Johnstone, Bruce. «Parental Child Abduction Under the Criminal Code» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 271.
- LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Criminal Law*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- McDonald, Ryan J. «Les enfants disparus», dans *Tendances sociales canadiennes*, n° 24. Ottawa: Statistique Canada, printemps 1992, 2.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning, *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.
- Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.
- Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.
- Williams, Glanville. «Intents in the Alternative» (1991), 50 *Cambridge L.J.* 120.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered October 6, 1992, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittals

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 6 octobre 1992, qui a rejeté l'appel du ministère public contre les acquittements de

on charges under ss. 218 and 281 of the *Criminal Code*. Appeal allowed and new trial ordered.

Catherine A. Cooper, for the appellant.

Robert F. Meagher, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal essentially raises only one issue: the interpretation of s. 281 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. That section concerns the abduction of a person under the age of fourteen by an individual other than that person's parent, guardian or a person having his or her lawful care or charge, i.e., the abduction of children by strangers.

Section 281 of the *Code* reads as follows:

281. Every one who, not being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, unlawfully takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful care or charge of that person, of the possession of that person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

The issue revolves around the intent required by s. 281 of the *Code*. There are two proposed interpretations. The appellant, on one hand, favours a broad interpretation in light of the important purpose that s. 281 was implemented to achieve, namely preventing children from being removed from the ambit of control of their parents or guardians, or from those who have lawful care or charge over them, in order to protect the children from strangers. According to the appellant, a restrictive interpretation is antithetical to the objective of the section. The respondent, on the other hand, proposes a restrictive interpretation which, in his view, better accords with the interpretation of criminal law.

l'accusé relativement à des accusations portées en vertu des art. 218 et 281 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Catherine A. Cooper, pour l'appelante.

Robert F. Meagher, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Essentiellement, le pourvoi ne soulève qu'une question: l'interprétation de l'art. 281 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Cet article concerne l'enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans par quiconque n'est ni le père, ni la mère, ni le tuteur ni une personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne, c'est-à-dire l'enlèvement d'enfants par des étrangers.

L'article 281 du *Code* se lit:

281. Quiconque, n'étant pas le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans, enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

La question est centrée sur l'intention qu'exige l'art. 281 du *Code*. Deux interprétations ont été avancées. D'une part, l'appelante privilégie une interprétation large étant donné l'importance de l'objectif visé par l'adoption de l'art. 281, c'est-à-dire empêcher que des enfants soient soustraits à l'autorité de leurs parents ou tuteurs, ou des personnes en ayant la garde ou charge légale, afin de protéger les enfants contre des étrangers. Selon l'appelante, une interprétation restrictive est antithétique à l'objectif de la disposition. Pour sa part, l'intimé avance une interprétation restrictive qui, à son avis, est plus conforme à l'interprétation du droit criminel.

A brief review of the facts is in order at the outset.

I. Facts

On Sunday, April 14, 1991, the respondent, 43 years old, was hitting golf balls in the soccer field of a school yard in Ottawa. Eight-year-old Tyler Arnold and his friends Joey, Andy and Shawn, entered the school yard, which was about one block away from Tyler Arnold's home, in order to play. They asked the respondent whether they could catch the balls with their gloves. The boys had first met the respondent in that same field the previous summer, but only knew him by his first name, John, which was on his key chain.

The boys caught the balls for some time and then some of them went to get refreshments. Tyler remained in the school yard where the respondent began photographing him. When two of the other boys, Andy and Joey, returned to the school yard, they had trouble locating the respondent and Tyler. They found the respondent taking pictures of Tyler in a wooded area at the edge of the school yard. When the other two boys began to interfere with the picture taking, the respondent asked them several times to leave him and Tyler alone. Ultimately, the respondent and Tyler ran back out of the wooded area, away from the two other boys. When Andy and Joey caught up, the respondent said "Guys, leave us alone". Andy agreed to leave them alone if he could steer the respondent's car around the parking lot. The respondent agreed. Tyler and Joey sat in the front seat, and, while the respondent operated the gas and break, Andy, sitting on his lap, steered the car.

Soon thereafter the children got out of the car and the respondent told Tyler that they could go to the Champlain Bridge. One of the children overheard part of this conversation and asked the respondent where he and Tyler were going. The respondent did not answer. Although the two children told Tyler not to go with the respondent, Tyler re-entered the car. The respondent and Tyler drove

Il convient, en premier lieu, de faire une brève revue des faits.

I. Les faits

Le dimanche 14 avril 1991, l'intimé, âgé de 43 ans, frappait des balles de golf sur le terrain de football d'une cour d'école d'Ottawa. Tyler Arnold, âgé de huit ans, et ses amis Joey, Andy et Shawn, sont entrés dans la cour, qui se situait à un coin de rue environ de la résidence de Tyler Arnold, pour y jouer. Ils ont demandé à l'intimé la permission d'attraper les balles avec leurs gants. Les garçons avaient déjà rencontré l'intimé dans la même cour l'été précédent, mais ne connaissaient que son prénom, John, inscrit sur son porte-clés.

Les garçons ont attrapé des balles pendant un certain temps, puis certains d'entre eux sont allés chercher des rafraîchissements. Tyler est demeuré dans la cour d'école, où l'intimé a commencé à le photographier. Lorsque deux des autres garçons, Andy et Joey, sont revenus, ils ont eu de la difficulté à retrouver l'intimé et Tyler. Ils ont trouvé l'intimé prenant des photos de Tyler dans un endroit boisé à l'extrémité de la cour d'école. Lorsque les deux garçons ont commencé à déranger la séance de photos, l'intimé leur a demandé à plusieurs reprises de les laisser seuls. Finalement, l'intimé et Tyler sont ressortis en courant de l'endroit boisé pour s'éloigner des deux autres garçons. Lorsque Andy et Joey les ont rattrapés, l'intimé a dit [TRADUCTION] «Les gars, laissez-nous tranquilles». Andy a accepté de les laisser seuls à condition qu'il puisse conduire l'automobile de l'intimé dans le stationnement. L'intimé a accepté. Tyler et Joey se sont assis à l'avant et, pendant que l'intimé appuyait sur l'accélérateur ou sur la pédale des freins, Andy, assis sur ses genoux, conduisait l'auto.

Peu après, les enfants sont sortis de l'auto et l'intimé a proposé à Tyler d'aller au pont Champlain. L'un des enfants, ayant surpris une partie de cette conversation, a demandé à l'intimé où ils allaient. Ce dernier n'a pas répondu. Bien que les deux enfants lui aient dit de ne pas accompagner l'intimé, Tyler est de nouveau monté dans l'auto. L'intimé et Tyler ont fait un trajet d'environ

approximately 2.9 km, stopping at certain points to take pictures along the Ottawa River. They first drove to the Champlain Bridge where the respondent took photographs of Tyler. Then, they drove to Kitchissippi Lookout at Westboro Beach where the respondent took more photographs of Tyler positioned on a large rock which juts out into the water of the Ottawa River, including some which feature Tyler on the rock's ledge.

Upon returning home, the other two boys told Joey's mother that Tyler had left in a red car with the respondent, whose name they knew was John and who they had been told lived in an apartment building near the school yard. As a result, Joey's mother contacted Tyler's father, who, along with the boys, and others (including a police officer) began a search for Tyler which appears to have lasted somewhere between 30 and 90 minutes. Tyler's father and one of the other boys found Tyler and the respondent at the Kitchissippi Lookout at Westboro Beach where the respondent was taking pictures of Tyler wearing the respondent's sweater. Apparently, Tyler had been cold and the respondent had removed his sweater and offered it to Tyler. Tyler's father demanded to know on what authority the respondent had taken his son, and the respondent replied that he had intended to take pictures of Tyler as a surprise for Tyler's parents.

As a consequence of these events, the respondent was charged with abduction of a person under fourteen years of age (s. 281 of the *Criminal Code*), assault (s. 266 of the *Code*) and exposing a child to endangerment (s. 218 of the *Code*). On August 27, 1991, the respondent entered a plea of not guilty. On the same day, following the testimony of Tyler, the Crown withdrew the assault charge. At the close of the Crown's case, counsel for the defence moved for a directed verdict of acquittal on the remaining two counts and the court so ordered. The Crown subsequently appealed the respondent's acquittals and the Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal. The appellant sought and was granted leave to this Court only with regard to the charge under s. 281 of the *Code*.

2,9 km, s'arrêtant à certains endroits pour prendre des photos sur les bords de la rivière des Outaouais. Ils sont d'abord allés au pont Champlain, où l'intimé a photographié Tyler. Puis, ils sont allés jusqu'au belvédère Kitchissippi de la plage Westboro, où l'intimé a pris d'autres photos de Tyler assis sur un gros rocher s'avancant dans la rivière des Outaouais. Certaines montrent Tyler sur la saillie du rocher.

À leur retour à la maison, les deux autres garçons ont raconté à la mère de Joey que Tyler était parti dans une voiture rouge avec l'intimé, pré-nommé John, qui, selon ce qu'on leur avait raconté, vivait dans un immeuble proche de la cour d'école. La mère de Joey a donc communiqué avec le père de Tyler qui, accompagné des garçons et d'autres personnes (dont un policier), s'est mis à la recherche de Tyler, pendant ce qui paraît avoir été de 30 à 90 minutes. Le père de Tyler et un des autres garçons ont trouvé Tyler et l'intimé au belvédère Kitchissippi de la plage Westboro, où l'intimé photographiait Tyler qui portait le chandail de l'intimé. Apparemment, Tyler ayant froid, l'intimé avait enlevé son chandail et le lui avait offert. Le père de Tyler a demandé à l'intimé de quel droit il avait emmené son fils, et l'intimé a répondu qu'il avait pris des photos de Tyler pour faire une surprise aux parents du garçon.

Par suite de ces événements, l'intimé a été accusé d'enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans (art. 281 du *Code criminel*), de voies de fait (art. 266 du *Code*) et de mise en danger de la vie d'un enfant (art. 218 du *Code*). Le 27 août 1991, l'intimé a enregistré un plaidoyer de non-culpabilité. Le même jour, après le témoignage de Tyler, le ministère public a retiré l'accusation de voies de fait. À la clôture de la preuve du ministère public, l'avocat de la défense a demandé un verdict imposé d'acquiescement relativement aux deux autres chefs, et la cour a acquiescé à sa demande. Le ministère public a interjeté appel sans succès des acquittements de l'intimé devant la Cour d'appel de l'Ontario. L'appelante a demandé et obtenu l'autorisation de notre Cour uniquement quant à l'accusation fondée sur l'art. 281 du *Code*.

II. Judgments*Ontario Court of Justice (Provincial Division)*

At the close of the Crown's case, Beaulieu Prov. Div. J. (as he then was) considered a non-suit motion brought by counsel for the respondent Chartrand requesting a directed verdict for dismissal. In dealing with that motion, Beaulieu Prov. Div. J. indicated that it was not his task to weigh the evidence adduced. Instead, he only had to determine whether there was "some evidence upon which a jury properly instructed might convict" in that "there is some evidence on each of these essential elements of the charge". (Emphasis in original.) He found that the Crown had failed to prove the essential elements of the charge under ss. 218 and 281 of the *Code*. Of particular relevance to this appeal, in considering s. 281, Beaulieu Prov. Div. J. held:

... the gravamen of this particular offence is the intent to deprive a parent of the possession of the person in question. That is, it is an intentional deprivation of that person from the parent ... [Emphasis in original.]

In determining that there was not enough evidence with regard to some of the essential elements of the charge, Beaulieu Prov. Div. J. stated:

By that, I mean that there may — and it is conceivable that there may have been enticement. The question arises, however, whether or not it was an unlawful enticement. There is no evidence upon which a jury properly-instructed could arrive at the conclusion that the accused intended to deprive Lorne and Kathy Arnold of the possession of Tyler Arnold by an unlawful act.

Even accepting the position of the Crown with respect to other fashions in which the offence might be completed, there is no evidence, once again the criterion being the unlawful taking, there may have been a taking, but the emphasis has to be the unlawful taking, and that has to be proven in evidence. The concealing, or detaining, receiving, or harbouring must be such that the gravamen is the context of an intentional deprivation of

II. Décisions*La Cour de l'Ontario (Division provinciale)*

À la clôture de la preuve du ministère public, le juge Beaulieu de la Division provinciale (maintenant juge de la Cour de l'Ontario (Division générale)) a étudié la requête en non-lieu présentée par l'avocat de l'intimé Chartrand, qui demandait un verdict imposé de rejet de l'accusation. Le juge Beaulieu a indiqué qu'il ne lui incombait pas de peser la preuve produite. Il n'avait qu'à déterminer s'il existait [TRADUCTION] «quelque preuve sur laquelle un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait déclarer l'accusé coupable», c'est-à-dire «quelque preuve sur chacun des éléments essentiels de l'accusation». (Souligné dans l'original.) Il a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à établir les éléments essentiels des accusations portées en vertu des art. 218 et 281 du *Code*. En examinant l'art. 281, le juge Beaulieu a tiré la conclusion suivante, particulièrement pertinente relativement au pourvoi:

[TRADUCTION] ... l'essence de cette infraction précise est l'intention de priver le parent de la possession de la personne en question, c'est-à-dire de priver intentionnellement le parent de cette personne ... [Souligné dans l'original.]

En déterminant que la preuve était insuffisante relativement à certains éléments essentiels de l'accusation, le juge Beaulieu a conclu:

[TRADUCTION] Par cela, je veux dire qu'il peut — et c'est concevable — qu'il peut y avoir eu entraînement. La question est toutefois de savoir s'il y a eu entraînement illégal. Il n'y a aucune preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure que l'accusé avait l'intention de priver Lorne et Kathy Arnold de la possession de Tyler Arnold en commettant un acte illégal.

Même si l'on adhère à la position du ministère public relativement aux autres moyens de commettre l'infraction, il n'y a pas de preuve, encore une fois le critère étant l'enlèvement illégal, qu'il peut y avoir eu enlèvement, mais, l'accent doit être mis sur le caractère illégal de l'enlèvement, élément qui doit être établi en preuve. Le fait de cacher ou de retenir, de recevoir ou d'héberger doit être tel que l'essence de l'infraction est le fait

the possession of the parents of their child. [Emphasis in original.]

In closing, Beaulieu Prov. Div. J. commented on the fact that, although the accused's actions were wrong, they were not caught by the *Code*:

While the actions of the accused may quite legitimately be perceived, not only by the parents and the school authorities, by many citizens, as being, as the Crown has indicated, "socially inappropriate", some people might go further and say that they were not only socially inappropriate, but they are reprehensible in the social sense of the lack of respect for the position of parents and people in authority and their right to control and their right to privacy. In other words, that the father, on the evidence before the Court, quite legitimately expressed his repugnance at the conduct of the accused in the circumstances. The fact remains that, with respect to the criminal law as it is defined and the sections as they have been written, make it such that, as reprehensible and as annoying and as unacceptable as the accused's conduct may have been in the circumstance, that conduct, in my view, on the evidence presented to the Court, falls short of that required to send the matter further for trial.

Accordingly, he allowed the motion for a non-suit and entered directed verdicts of acquittal on the charges under ss. 218 and 281 of the *Code*.

Court of Appeal for Ontario (per Houlden J.A., Tarnopolsky and Austin J.J.A. concurring)

On appeal by the Crown, Houlden J.A., for the court, wrote this brief endorsement:

On the facts of this case, we believe that the trial judge was entitled to find that there was no evidence on which a jury, properly instructed, could find that there was an intent to deprive the parents of possession of their child.

On the charge under s. 218 of the *Code*, the facts introduced at trial were too flimsy and dubious to establish a likelihood of "real risk" as opposed to the mere possibility of a threat to Tyler's life.

de priver intentionnellement les parents de la possession de leur enfant. [Souligné dans l'original.]

En terminant, le juge Beaulieu a observé que, bien qu'ils soient répréhensibles, les actes de l'accusé n'étaient pas visés par le *Code*:

[TRADUCTION] Les actes de l'accusé peuvent fort légitimement être perçus non seulement par les parents et les autorités scolaires, mais par de nombreux citoyens, comme étant, pour emprunter les mots du ministère public, «socialement incorrects». D'aucuns pourraient même aller plus loin et prétendre qu'ils étaient non seulement socialement incorrects, mais également répréhensibles sur le plan social en ce qu'ils révèlent un manque de respect à l'égard des parents, des personnes en position d'autorité, de leur droit de contrôle et de leur droit à la vie privée. En d'autres termes, bien que le père, suivant la preuve présentée devant la Cour, ait tout à fait légitimement exprimé son dégoût à l'endroit du comportement de l'accusé dans les circonstances, le fait demeure que le droit criminel, tel qu'il est défini, et les articles, tels qu'ils ont été rédigés, font en sorte que, quelque répréhensible, importun et inacceptable que le comportement de l'accusé ait pu être dans les circonstances, à mon avis, et suivant la preuve produite, ce comportement ne justifie pas le renvoi de l'affaire à procès.

Il a donc accueilli la requête en non-lieu et rendu des verdicts d'acquiescement sur les accusations portées en vertu des art. 218 et 281 du *Code*.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Houlden, avec l'accord des juges Tarnopolsky et Austin)

En appel, interjeté par le ministère public, le juge Houlden a rédigé cette brève inscription pour la cour:

[TRADUCTION] Vu les faits, nous estimons que le juge du procès pouvait décider qu'il n'y avait aucune preuve sur le fondement de laquelle un jury ayant reçu des directives appropriées pouvait conclure que l'accusé avait l'intention de priver les parents de la possession de leur enfant.

Relativement à l'accusation en vertu de l'art. 218 du *Code*, les faits présentés au procès n'étaient pas suffisamment solides et certains pour établir la probabilité d'un «risque réel» par opposition à la simple possibilité d'une menace à la vie de Tyler.

We believe that the trial judge was right in excluding the evidence of prior warnings as it had no rational or probative value with respect to the charges against the respondent.

Leave to appeal is granted but the appeal is dismissed. ^a

III. Issue

The issue is whether the Court of Appeal for Ontario erred in law in upholding the trial judge's interpretation of the *mens rea* requirement in s. 281 of the *Code*.

IV. Analysis

As set out above, this case involves the interpretation of s. 281 of the *Code*. In order to succeed under s. 281, the Crown must prove beyond a reasonable doubt the following elements:

1. That the accused is not a parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years (hereinafter a "child"); ^e
2. The age of the child;
3. That the accused took, enticed away, concealed, detained, received or harboured the child (hereinafter "took"); ^f
4. That the taking was with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who had the lawful care or charge of that person, of the possession of that person. ^g

The first three elements are not in dispute and were supported by uncontested evidence. The remaining element and the significance of the word "unlawfully" in s. 281 of the *Code* are the matters with which we are concerned here and I will discuss them in turn. ^h

A. "Unlawfully"

According to the trial judge, an "unlawful taking" is distinct from a "taking". The appellant ^j

Nous croyons que le juge du procès a écarté à juste titre la preuve des avertissements antérieurs, qui n'avait aucune valeur rationnelle ou probante relativement aux accusations portées contre l'intimé.

L'autorisation d'appel est accordée, mais l'appel est rejeté.

III. Question en litige

Il faut déterminer si la Cour d'appel de l'Ontario a fait erreur en maintenant l'interprétation du juge du procès sur la *mens rea* requise par l'art. 281 du *Code*.

^c IV. Analyse

Comme je l'ai mentionné précédemment, il s'agit en l'espèce d'interpréter l'art. 281 du *Code*. Pour réussir dans le cadre de l'art. 281, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable les éléments suivants: ^d

1. Que l'accusé n'est ni le père, ni la mère, ni le tuteur ni une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans (ci-après un «enfant»);
2. L'âge de l'enfant;
3. Que l'accusé a enlevé, entraîné, retenu, reçu, caché ou hébergé l'enfant (ci-après «enlevé»);
4. Que l'enlèvement a été fait dans l'intention de priver le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne de la possession de cette dernière.

Les trois premiers éléments ne sont pas en litige puisqu'ils ont été étayés par une preuve non contestée. Le quatrième élément et la signification du terme «unlawfully» (illégalement) dans le texte anglais de l'art. 281 du *Code* sont les questions dont nous sommes saisis en l'espèce, et que j'analyserai tour à tour.

A. «Unlawfully» (illégalement)

Selon le juge du procès, un «enlèvement illégal» («unlawful taking») diffère d'un simple «enlève-

argues that the trial judge equated "unlawfully" with the requisite intent to deprive the parents of possession. The appellant also contends that, if the trial judge concluded that the word "unlawfully" in s. 281 imported some element of unlawfulness beyond that which is already provided for by the remaining words of the section, he wrongly interpreted s. 281. More precisely, the appellant submits that, if the trial judge interpreted s. 281 as requiring proof that the intended deprivation of the child from the parent (guardian, etc.) involved some additional unlawful act, he was in error. According to the appellant, the most that the word "unlawfully" could mean in s. 281 is "without lawful authority" or "without lawful justification or excuse". The respondent for his part agrees with the trial judge's interpretation of the word.

I propose to deal with that issue by looking at the legislative history of the section, its purpose and context as well as the wording of the statute and the interpretation given by the jurisprudence to the word "unlawfully". I conclude that, in light of the history and purpose of the 1982 amendments and the context in which they were enacted, the word "unlawfully" as it is used in s. 281 does not require the commission of an additional unlawful act. Rather, it represents verbal surplusage that enunciates no more than the general defences, justifications, and excuses already available under the *Code*.

(1) The Legislative History

Section 284 of the *Criminal Code*, 1892 (S.C. 1892, c. 29), the predecessor of s. 281, defined the offence of child stealing as follows:

284. Every one is guilty of an indictable offence and liable to seven years' imprisonment who, with intent to deprive any parent or guardian, or other person having the lawful charge, of any child under the age of fourteen years, of the possession of such child, or with intent to steal any article about or on the person of such child, unlawfully —

(a.) takes or entices away or detains any such child; or

ment» («taking»). L'appelante soutient que le juge du procès a traité l'adverbe «unlawfully» comme étant équivalent à l'intention requise de priver les parents de la possession de l'enfant. Elle fait également valoir que, si le juge du procès a conclu que le terme «unlawfully» utilisé dans le texte anglais de l'art. 281 implique un élément d'illégalité autre que celui qui est déjà requis par les derniers mots de l'article, il a mal interprété celui-ci. Plus précisément, l'appelante soutient que, si le juge a compris que l'art. 281 exige une preuve que la privation intentionnelle du parent (tuteur, etc.) de l'enfant comporte quelque acte illégal supplémentaire, il a eu tort. Selon l'appelante, le terme «unlawfully» du texte anglais de l'art. 281 signifie tout au plus «sans pouvoir légitime» ou «sans justification ou excuse légitime». Pour sa part, l'intimé est en accord avec l'interprétation de ce terme par le juge du procès.

J'entends aborder la question en étudiant l'historique législatif de l'article, son objectif et son contexte, de même que le libellé de la loi et l'interprétation du terme «unlawfully» (illégalement) par la jurisprudence. Je conclus qu'étant donné l'historique et l'objet des modifications de 1982, et du contexte dans lequel elles ont été adoptées, le terme «unlawfully» utilisé dans le texte anglais de l'art. 281 n'exige pas la perpétration d'un acte illégal additionnel. Ce terme est redondant et indique seulement l'existence des moyens de défense généraux, justifications et excuses déjà prévus dans le *Code*.

(1) L'historique législatif

L'article 284 du *Code criminel*, 1892 (S.C. 1892, ch. 29), le prédécesseur de l'art. 281, définissait ainsi l'infraction de vol d'enfants:

284. Est coupable d'un acte criminel et passible de sept ans d'emprisonnement, celui qui, dans l'intention de priver les parents, ou le tuteur, ou toute personne ayant la garde ou charge légale d'un enfant âgé de moins de quatorze ans, de la possession de cet enfant, ou dans l'intention de voler quelque objet sur la personne de cet enfant, illégalement —

(a.) Enlève, ou entraîne, ou séquestre cet enfant; ou

(b.) receives or harbours any such child knowing it to have been dealt with as aforesaid.

2. Nothing in this section shall extend to any one who gets possession of any child, claiming in good faith a right to the possession of the child.

In the 1906 revision (*Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146), s. 284 became s. 316, which is the offence of abduction as it is known today. In so doing, paragraph (b.) was replaced by the following: "receives or harbours any such child, knowing it to have been unlawfully taken, enticed away or detained with intent aforesaid". In the 1953-54 revision of the *Code* (S.C. 1953-54, c. 51), s. 316 became s. 236, modified as follows, but still dealing with abduction by both parents and strangers:

236. (1) Every one who, with intent to deprive a parent or guardian or any other person who has lawful care or charge of a child under the age of fourteen years of the possession of that child, or with intent to steal anything on or about the person of such a child, unlawfully

(a) takes or entices away or detains the child, or

(b) receives or harbours the child,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

(2) This section does not apply to a person who, claiming in good faith a right to possession of a child, obtains possession of the child. [Emphasis added.]

Section 236 became s. 250 in the 1970 revision (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34) and, in 1982, the *Code* was amended to distinguish between abduction by parents (ss. 250.1 and 250.2, now ss. 282 and 283) and abduction by strangers (s. 250, now s. 281): *An Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, assented to October 27, 1982 and proclaimed in force January 4, 1983. The amended s. 250 dealt only with abduction by strangers. It read:

(b.) Reçoit ou loge cet enfant, sachant qu'il a été ainsi enlevé ou entraîné.

2. Rien dans le présent article ne s'étend à celui qui obtient possession d'un enfant, à la possession duquel il prétend de bonne foi avoir droit.

Lors de la révision de 1906 (*Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146), l'art. 284 est devenu l'art. 316, qui constitue l'infraction d'enlèvement telle qu'on la connaît aujourd'hui. L'alinéa (b.) a été remplacé par: «reçoit ou loge cet enfant, sachant qu'il a été ainsi enlevé ou entraîné». Dans la révision du *Code* de 1953-54 (S.C. 1953-54, ch. 51), l'art. 316 est devenu l'art. 236, modifié comme suit, mais portant toujours sur l'enlèvement par les parents et par des étrangers:

236. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, avec l'intention de priver le père ou la mère, un tuteur ou une autre personne ayant le soin ou la garde légitime d'un enfant de moins de quatorze ans, de la possession de cet enfant, ou avec l'intention de voler quelque chose sur la personne de cet enfant, illégalement

a) enlève ou entraîne ou retient l'enfant, ou

b) reçoit ou héberge l'enfant.

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, réclamant de bonne foi le droit à la possession d'un enfant, obtient la possession de cet enfant. [Je souligne.]

L'article 236 est devenu l'art. 250 dans la révision de 1970 (*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34) et, en 1982, le *Code* a été modifié pour faire une distinction entre les enlèvements par les parents (art. 250.1 et 250.2, maintenant 282 et 283) et les enlèvements par des étrangers (art. 250, maintenant 281): *Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, sanctionnée le 27 octobre 1982 et entrée en vigueur le 4 janvier 1983. Le nouvel art. 250 traitait seulement de l'enlèvement par des étrangers:

250. Every one who, not being the parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years, unlawfully takes, entices away, conceals, detains, receives or harbours that person with intent to deprive a parent or guardian or any other person who has the lawful care or charge of that person of the possession of that person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years. [Emphasis added.]

A notable aspect of the 1982 amendments was the deletion of the word "unlawfully" from the offence of abduction by parents. The word was retained in the English text of the offence of abduction by strangers yet was omitted from the French text of the same section. This incongruity remains in the current text; its significance will be examined in further detail below.

Apart from the discrepancy between the English and the French text, s. 250 (now s. 281) suffered only two modifications. The first one deleted the words "or with intent to steal anything on or about the person of such a child" which appeared in the earlier s. 236(1). The second deleted the former s. 236(2) in its entirety, a section primarily directed at parents, guardians or persons having the lawful care or charge of a child, and, most particularly, at parents who could claim a right to the possession of a child as joint guardians entitled to the child's custody, care and charge. (See: *R. v. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471 (N.S.C.A.), at p. 475.) That subsection was seldom applied to strangers since strangers (those not related in any way to a child) can very rarely claim a right to possession of a child.

In the 1985 revision (*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46), s. 250 was renumbered s. 281 with minor modifications not relevant to our purposes, and ss. 250.1 and 250.2 became respectively ss. 282 and 283.

As I said earlier, ss. 250.1 (now s. 282) and 250.2 (now s. 283) were added in order to deal

250. Quiconque, n'étant pas le père, la mère, le tuteur ou une personne ayant la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de quatorze ans enlève, entraîne, retient, reçoit, cache ou héberge cette personne avec l'intention de priver de la possession de celle-ci le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans.

Un aspect notable des modifications de 1982 est la suppression des mots «illégalement» et «unlawfully» de la définition de l'enlèvement par les parents. Le terme «unlawfully» a été maintenu dans le texte anglais concernant l'enlèvement par des étrangers alors que le mot «illégalement» a été supprimé dans le texte français du même article. Cette anomalie demeure dans le texte actuel; son importance est examinée en détail ci-après.

Mis à part la différence entre le texte anglais et le texte français, l'art. 250 (maintenant l'art. 281) n'a subi que deux modifications. Premièrement, la suppression de l'expression «ou avec l'intention de voler quelque chose sur la personne de cet enfant» qui figurait dans l'ancien par. 236(1). Deuxièmement, l'élimination totale de l'ancien par. 236(2) qui visait principalement le père, la mère, le tuteur et les personnes ayant la garde ou la charge légale d'un enfant, et plus particulièrement, le père et la mère qui réclament le droit à la possession de l'enfant à titre de tuteurs conjoints ayant le droit d'assurer la garde, la subsistance et la charge de l'enfant. (Voir *R. c. Cook* (1984), 12 C.C.C. (3d) 471 (C.A.N.-É.), à la p. 475.) Ce paragraphe a rarement été appliqué aux étrangers puisqu'il est rare que ces derniers (quand ils ne sont d'aucune façon liés à l'enfant) puissent réclamer le droit à la possession de l'enfant.

Dans la révision de 1985 (*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), l'art. 250, devenu l'art. 281, a subi des modifications négligeables non pertinentes dans le présent contexte, et les art. 250.1 et 250.2 sont devenus respectivement les art. 282 et 283.

Comme je l'ai mentionné plus haut, les art. 250.1 et 250.2 (maintenant art. 282 et 283) ont été

with abduction by parents, guardians or persons having the lawful care or charge of the child (hereinafter "parental abduction"). The first dealt with abduction in contravention of a custody order, and the second with abduction in the absence of a custody order. The remarkable feature for our purposes is that, while s. 250 retained the word "unlawfully", the new ss. 250.1 and 250.2 did not.

As noted by E. G. Ewaschuk in "Abduction of Children by Parents" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176, at p. 179, commenting on s. 250 as it was prior to the 1982 amendments:

... both the husband and wife have authority during marriage. Both parents, subject to alteration by court order, therefore generally have lawful custody of their children.

Since s. 250 of the Code requires that the taking, enticing, detaining, receiving or harbouring of the child under 14 years be unlawful and since a parent's custody of the child by reason of status and relationship is lawful, it therefore follows that a parent cannot be guilty of child abduction unless his or her custody of the child has been lawfully terminated. As a consequence, this form of abduction has general application to third parties and, except for limited situations, not to parents. [Emphasis added.]

B. Johnstone, relying on the case law, expressed the same view, in "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 271, at p. 273:

Consequently, although the section was applied to parents in contravention of custody orders, where there was no custody order a successful prosecution would not lie because in the absence of a custody order restricting parental rights, each parent had an equal right to custody and it would not be an unlawful act for one parent to take the child

No doubt in part to rectify this situation, s. 250.2 was enacted [Emphasis added.]

ajoutés pour traiter de l'enlèvement par le père, la mère, le tuteur ou la personne ayant la garde ou la charge légale de l'enfant (ci-après «enlèvement par le père ou la mère»). Le premier vise l'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde, et le second l'enlèvement en l'absence d'une ordonnance de garde. Ce qui nous intéresse, c'est le fait notable que, bien que l'art. 250 ait conservé dans sa version anglaise le mot «unlawfully», ce terme ne figurait pas dans les nouveaux art. 250.1 et 250.2.

Comme le remarque E. G. Ewaschuk dans «Abduction of Children by Parents» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 176, à la p. 179, sur l'art. 250, tel qu'il était rédigé avant les modifications de 1982:

[TRADUCTION] ... aussi bien l'époux que l'épouse sont investis de l'autorité pendant le mariage. Sous réserve de modification par une ordonnance de la cour, les deux parents ont donc en général la garde légale de leurs enfants.

Puisque l'art. 250 du Code requiert que l'enlèvement, l'entraînement, la retenue, la réception ou l'hébergement de l'enfant âgé de moins de 14 ans soit illégal, et puisque la garde d'un enfant par le parent est légale du fait de sa qualité et du lien, il s'ensuit qu'un parent ne peut être coupable de l'enlèvement de son enfant à moins qu'il ait été légalement mis fin à son droit de garde. En conséquence, cette forme d'enlèvement s'applique en général aux tiers et non pas, sauf dans certains cas limités, aux parents. [Je souligne.]

Invokant la jurisprudence, B. Johnstone a exprimé la même opinion dans «Parental Child Abduction Under the Criminal Code» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 271, à la p. 273:

[TRADUCTION] Donc, même si l'article s'appliquait aux parents agissant en contravention d'une ordonnance de garde, lorsqu'il n'y avait aucune ordonnance de garde, il était inutile de poursuivre, puisque, en l'absence d'ordonnance restreignant leurs droits, le père et la mère détenaient un droit égal à la garde, et il n'aurait pas été illégal pour l'un ou l'autre de prendre l'enfant ...

Nul doute que c'est en partie pour corriger cette situation que l'art. 250.2 a été adopté ... [Je souligne.]

(See: A. D. Gold, *Annual Review of Criminal Law — 1984* (1984), at p. 119.)

The case law is to the same effect. (See: *R. v. Van Herk* (1984), 12 C.C.C. (3d) 359 (Alta. C.A.), at p. 363; *R. v. Cook*, *supra*, at p. 475; *R. v. Horsford* (1981), 62 C.C.C. (2d) 478 (Ont. Prov. Ct.), at p. 480; *R. v. Kosowan* (1980), 54 C.C.C. (2d) 571 (Man. Co. Ct.); and *R. v. Falvo* (1972), 11 C.C.C. (2d) 378 (Man. Co. Ct.).)

Thus, there was a rationale not to insert the word “unlawfully” in these two sections. Was there one to justify the retention of that word in s. 250 (now s. 281) particularly since it was deleted from the French text?

A look at the purpose of the amendments and the context in which they were enacted might shed some light.

(2) Purpose and Context

In this examination of the purpose of s. 281, it is necessary to look at the whole scheme designed by Parliament to deal with such related offences as kidnapping, hostage taking and abduction, more precisely, ss. 279 to 286 of the *Code*. Those sections deal with the whole range of related offences. Sections 279 and 279.1 deal respectively with kidnapping and hostage taking of a person. Section 280 deals with abduction of a person under sixteen, and ss. 281 to 283 deal with abduction of a person under fourteen. In the first two offences, pursuant to ss. 279 and 279.1, the consent to the guilty act of the person abducted could be a defence while in the other four offences, pursuant to s. 286, the consent of the young person is not a defence. More particularly, pursuant to s. 284, in the offences defined by ss. 281 to 283, only the consent of the parents (guardians, etc.) of the child may be a defence. Thus, in ss. 279 and 279.1, the focus is on the person abducted while, in ss. 281 to 283, the focus is on the parents (guardians, etc.) since only their consent, and not that of the taken child, could constitute a defence. Therefore, it would appear that ss. 279 and 279.1 are offences

(Voir: A. D. Gold, *Annual Review of Criminal Law — 1984* (1984), à la p. 119.)

La jurisprudence va dans le même sens. (Voir: *R. c. Van Herk* (1984), 12 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Alb.), à la p. 363; *R. c. Cook*, précité, à la p. 475; *R. c. Horsford* (1981), 62 C.C.C. (2d) 478 (C.P. Ont.), à la p. 480; *R. c. Kosowan* (1980), 54 C.C.C. (2d) 571 (C. cté. Man.); et *R. c. Falvo* (1972), 11 C.C.C. (2d) 378 (C. cté. Man.).)

Il y avait donc une raison de ne pas insérer les mots «illégalement» et «unlawfully» dans ces deux articles. Y en avait-il une justifiant le maintien du terme «unlawfully» dans le texte anglais de l'art. 250 (maintenant l'art. 281), alors que le terme «illégalement» avait été supprimé du texte français?

Une analyse de l'objectif des modifications et du contexte dans lequel elles ont été adoptées pourrait jeter un certain éclairage.

(2) Objectif et contexte

L'analyse de l'objectif de l'art. 281 exige l'examen de l'ensemble du régime conçu par le législateur à l'égard d'infractions connexes comme l'enlèvement, la prise d'otages et le rapt, plus précisément les art. 279 à 286 du *Code*. Ces articles visent toute une gamme d'infractions connexes. Les articles 279 et 279.1 portent respectivement sur l'enlèvement et la prise en otage d'une personne. L'article 280 porte sur l'enlèvement d'une personne âgée de moins de seize ans, et les art. 281 à 283, d'une personne âgée de moins de quatorze ans. En ce qui concerne les deux premières infractions, conformément aux art. 279 et 279.1, le consentement à l'acte coupable par la personne enlevée pourrait être un moyen de défense alors que, pour les quatre autres infractions, conformément à l'art. 286 le consentement de la jeune personne n'est pas un moyen de défense. Plus précisément, en vertu de l'art. 284, dans le cas des infractions définies aux art. 281 à 283, seul le consentement des parents (tuteurs, etc.) de l'enfant peut représenter un moyen de défense. Donc, aux art. 279 et 279.1, l'accent est mis sur la personne enlevée alors qu'aux art. 281 à

against the person abducted, while ss. 281 to 283 are mainly offences against the rights of the parents (guardians, etc.) of the abducted child.

The wording of ss. 281 to 283 leads us to a similar conclusion. All three sections specify that the taking must be with intent to deprive the parent, guardian or person who has the lawful care or charge of the child. This conclusion was also reached in *Re Bigelow and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 204 (Ont. C.A.), at p. 213, leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1982] 2 S.C.R. v, in which a father was accused of detaining his child contrary to s. 250 (now s. 281):

The gravamen of the offence under s. 250(1) is interference with the custodial rights of the mother by intentionally depriving her of those rights by "detaining" the child . . . Although s. 250 is placed in Part VI of the *Criminal Code* under the heading of "Offences Against the Person and Reputation" it is not an offence against the person of the child. . . . In reality it is an offence against the custodial rights of the mother. [Emphasis added.]

Seen in that context, the purpose of s. 281 is to secure the right and ability of parents (guardians, etc.) to exercise control over their children (those children for whom they act as guardians, etc.) for the protection of those children, and at the same time to prevent the risk of harm to children by diminishing their vulnerability. It is also a recognition by Parliament that children are best protected by the supervision of their parents (guardians, etc.).

That purpose is still more apparent from the social context in which those amendments were adopted and the mischief they were intended to cure. Concerns were voiced at the time by numerous groups as to the security of children in Canada and the fact that the offence of abduction in s. 250, as it was prior to the 1982 amendments, did not

283, l'accent est mis sur les parents (tuteurs, etc.) puisque seul leur consentement, et non celui de l'enfant enlevé, pourrait être invoqué en défense. Par conséquent, il semblerait que les art. 279 et 279.1 soient des infractions contre la personne enlevée, alors que les art. 281 à 283 sont principalement des infractions contre les droits des parents (tuteurs, etc.) de l'enfant enlevé.

Le libellé des art. 281 à 283 mène à la même conclusion. Ces trois articles précisent que l'auteur de l'enlèvement doit avoir l'intention de priver le père, la mère, le tuteur ou une personne qui a la garde ou la charge légale de l'enfant. Telle est aussi la conclusion de l'arrêt *Re Bigelow and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2d) 204 (C.A. Ont.), à la p. 213, autorisation de pourvoi à la Cour Suprême du Canada refusée, [1982] 2 R.C.S. v, qui mettait en cause un père accusé d'avoir retenu son enfant en contravention de l'art. 250 (maintenant l'art. 281):

[TRADUCTION] L'essence de l'infraction prévue au par. 250(1) est l'entrave aux droits de garde de la mère, c'est-à-dire le fait de la priver intentionnellement de ses droits en «retenant» l'enfant. [. . .] Bien que ce paragraphe figure dans la partie VI du *Code criminel* sous le titre «Infractions contre la personne et la réputation», il ne s'agit pas d'une infraction contre la personne de l'enfant. [. . .] En réalité, il s'agit d'une infraction contre les droits de garde de la mère. [Je souligne.]

Vu dans ce contexte, l'objectif de l'art. 281 consiste tant à garantir le droit et la faculté des parents (tuteurs, etc.) d'exercer leur autorité sur leurs enfants (dont ils sont les tuteurs, etc.) afin de protéger ces derniers, qu'à prévenir le risque de préjudice aux enfants, en réduisant leur vulnérabilité. C'est aussi une reconnaissance par le législateur que la meilleure protection des enfants est la surveillance de leurs parents (tuteurs, etc.).

Cet objectif ressort plus clairement encore du contexte social dans lequel les modifications ont été adoptées et des méfaits qu'elles étaient destinées à corriger. À cette époque, de nombreux groupes ont exprimé leurs préoccupations sur la sécurité des enfants au Canada et sur le fait que l'infraction d'enlèvement prévue à l'art. 250 en

adequately protect against parental abduction. (See *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs of June 3, 1982, at p. 93:31; brief from Abducted Children's Rights of Canada on "Child Abduction" appended to the Minutes of June 3, 1982, at p. 93A:1; comments at p. 78:9 of the Minutes of April 27, 1982; J.-L. Baudouin, "L'enlèvement et la non-représentation d'enfants à la lumière du nouveau droit civil québécois, du droit fédéral et du droit international" (1982-1983), 17 *R.J.T.* 151; *R. v. Cook*, *supra*, at p. 479; and Ewaschuk, *supra*, at p. 195.) To alleviate the confusion which arose under that section, and to render the law more effective regarding the abduction of children, Parliament found it more appropriate to distinguish between parental and stranger abductions and to adopt different rules for each type of abduction. (See *House of Commons Debates*, vol. X, 1st Sess., 32nd Parl., July 7-8, 1981, at pp. 11300, 11344 and 11348; and *House of Commons Debates*, vol. XIII, 1st Sess., 32nd Parl., December 17, 1981, at p. 14187.)

The broad aim of criminal law is to prevent harm to society (W. R. LaFave and A. W. Scott, *Criminal Law* (2nd ed. 1986), at p. 10; A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 14). Since the wording of the section does not suggest otherwise, s. 281 must be interpreted in a manner which conforms with this aim, here the prevention of harm to, and protection of, children. A glance at the social context in which this legislation must be interpreted sets the stage for our purposive and contextual approach to s. 281 of the *Code*.

Each year, in Canada, hundreds of children are abducted by strangers from playgrounds, parks, school yards and streets:

In 1989, 1,003 abductions were reported to the police. These incidents were equally likely to involve abduction

vigueur avant les modifications de 1982 n'assurait pas une protection suffisante contre l'enlèvement par le père ou la mère. (Voir *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques du 3 juin 1982, à la p. 93:31); le mémoire du groupe Abducted Children's Rights of Canada sur l'enlèvement d'enfants, annexé au procès-verbal du 3 juin 1982, à la p. 93A:1; les commentaires, à la p. 78:9, du procès-verbal du 27 avril 1982; J.-L. Baudouin, «L'enlèvement et la non-représentation d'enfants à la lumière du nouveau droit civil québécois, du droit fédéral et du droit international (1982-1983), 17 *R.J.T.* 151; *R. c. Cook*, précité, à la p. 479; et Ewaschuk, *loc. cit.*, à la p. 195.) Pour dissiper la confusion engendrée par cet article, et pour rendre la loi plus efficace quant à l'enlèvement d'enfants, le législateur a d'abord jugé plus approprié d'établir une distinction entre les enlèvements par le père ou la mère et ceux commis par les étrangers, pour ensuite adopter des règles différentes pour chaque forme d'enlèvement. Ces préoccupations ont été exprimées par des groupes divers. (Voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. X, 1^{re} sess., 32^e lég., 7 et 8 juillet 1981, aux pp. 11300, 11344 et 11348; et *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 1^{re} sess., 32^e lég., 17 décembre 1981, à la p. 14187.)

L'objectif général du droit criminel est de protéger la société (W. R. LaFave et A. W. Scott, *Criminal Law* (2^e éd. 1986), à la p. 10; A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985), à la p. 14). Puisque le libellé de l'art. 281 ne suggère pas autre chose, il faut l'interpréter d'une manière compatible avec cet objectif, soit en l'espèce protéger les enfants contre des dangers. La situation sociale dans laquelle cette législation doit être interprétée fournit la toile de fond de notre analyse de l'art. 281 du Code en fonction de son objet et de son contexte.

Chaque année au Canada, des centaines d'enfants sont enlevés par des étrangers dans les terrains de jeux, les parcs, les cours d'école et les rues.

En 1989, 1,003 enlèvements ont été signalés à la police. Ces infractions concernaient autant l'enlèvement d'une

of a person under 14 years of age by a person who is not a guardian (36%) and abduction by a parent or guardian in contravention of a custody order (36%).

personne de moins de 14 ans par une personne qui n'est pas le tuteur (36 %) que l'enlèvement d'un enfant par le père, la mère ou le tuteur contrairement à une ordonnance de garde (36 %).

(*Juristat* from Statistics Canada, vol. 10, No. 15 (October 1990), at p. 7.)

(*Juristat* de Statistique Canada, vol. 10, n° 15 (Octobre 1990), à la p. 7.)

The number of children abducted by strangers is reported to be 61 in 1993 (Royal Canadian Mounted Police, *1993 Annual Report on Canada's Missing Children*). That figure may understate the magnitude of the problem of child abduction since children who have been abducted by strangers will generally be listed in the "unknown" category until a witness has informed the authorities that he or she has actually seen the child being taken by an individual. In this "unknown" category, by contrast, there were 9,959 cases reported in 1993. Although many first time runaways are no doubt counted in this category, a fair number of such children may have been children abducted by strangers. Regardless of the precise statistics, the abduction of children by strangers is a sad reality and a great concern to society: one is too many. (See also, R. J. McDonald, "Missing Children", in *Canadian Social Trends*, No. 24 (Spring 1992), at pp. 2-5.)

En 1993, 61 enfants auraient été enlevés par des étrangers (Gendarmerie royale du Canada, *Rapport annuel sur les enfants perdus au Canada 1993*). Il se peut que ce chiffre minimise l'ampleur réelle du problème des enlèvements d'enfants puisque les enfants enlevés par des étrangers figurent généralement dans la catégorie «inconnu» jusqu'à ce qu'un témoin informe les autorités qu'il a effectivement vu l'enfant se faire enlever par une personne. Dans cette catégorie «inconnu», 9 959 cas ont été signalés en 1993. Bien que de nombreuses premières fugues d'enfants soient sans doute comptées dans cette catégorie, un nombre assez élevé de ces cas pourrait être des enlèvements d'enfants par des étrangers. Peu importe les statistiques précises, l'enlèvement d'enfants par des étrangers est une triste réalité et une grande préoccupation de la société: un seul est de trop. (Voir aussi R. J. McDonald, «Les enfants disparus» dans *Tendances sociales canadiennes*, n° 24 (printemps 1992), aux pp. 2 à 5.)

That the legislation was designed to curb such social ill cannot be doubted. The purpose of s. 281 — to protect children from abduction — reflects a societal interest in the security of children in that it both prevents and deters the abduction of children by strangers. This accords with public policy. Viewed in the light of its purpose and context, such legislation has a broad scope and the restrictive interpretation of s. 281 of the *Code* proposed by the respondent does not seem to be particularly attractive.

On ne saurait douter que la législation était destinée à refréner cette plaie de la société. L'objectif de l'art. 281 — protéger les enfants contre l'enlèvement — reflète l'intérêt de la société dans la sécurité des enfants en ce qu'il à la fois prévient et dissuade leur enlèvement par des étrangers. Il cadre avec les objectifs de politique sociale. Vue sous l'angle de son objectif et de son contexte, la loi a une vaste portée, et l'interprétation restrictive de l'art. 281 du *Code* proposée par l'intimé ne semble pas particulièrement séduisante.

Important as they are, however, the legislative history, the purpose and the context of s. 281 of the *Code* are, in the end, tributary to the wording of the statute and the case law which has interpreted that section, a matter I will now turn to.

Aussi importants soient-ils, l'historique législatif, l'objectif et le contexte de l'art. 281 du *Code* sont, en dernière analyse, tributaires du libellé de la disposition et de son interprétation par la jurisprudence, dont je vais maintenant discuter.

(3) The Wording of the Statute and the Interpretation Given by Jurisprudence to the Word "Unlawfully"

What does an "unlawful" taking mean in s. 281 of the *Code*? The *Dictionary of Canadian Law* (1991), at pp. 1120-21, referring to *Archbold Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (43rd ed. 1988), at p. 1342, defines the word "unlawfully" as "[w]ithout a lawful reason or excuse". *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 1536, referring to *State v. Noble*, 563 P.2d 1153 (N.M. 1977), at p. 1157, equates the term "unlawful" with the expression "without excuse or justification". That interpretation has been retained in a number of cases. (See, for instance, *R. v. Wasyl Kapij* (1905), 1 W.L.R. 130, at p. 136, interpreting the word "unlawfully" in the context of the offence of unlawfully obstructing or preventing a clergyman from celebrating a divine service.)

In cases dealing more specifically with parental abduction under s. 250, as it read before the 1982 amendments, "unlawfully" has been equated with, amongst other things, "without lawful authority" in the sense of absence of parental authority over the child or "without lawful justification, authority or excuse". (See: *Ewaschuk, supra*, at p. 179; *Johnstone, supra*, at p. 273; *R. v. Van Herk, supra*, at p. 363; *R. v. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165 (Alta. C.A.); *R. v. Cook, supra*, at p. 475; *R. v. Horsford, supra*, at p. 480; *R. v. Kosowan, supra*; and *R. v. Falvo, supra*.)

It is appropriate to interpret the expression "unlawfully" as meaning "without lawful justification, authority or excuse", as that term is used in s. 281 of the *Criminal Code*; this interpretation is in accord with the purpose of the section which is to prevent and punish strangers intending to deprive a parent (guardian, etc.) of his or her child (the child for whom they act as guardian, etc.). To require that an additional unlawful act occur beyond the physical act of taking the child is at cross-purposes with the mischief Parliament wanted to cure; such an interpretation would not adequately achieve the

(3) Le libellé de la disposition et l'interprétation donnée par la jurisprudence et la doctrine au mot «illégalement»

Que signifie un enlèvement «illégal» (*unlawful*) à l'art. 281 du *Code*? Aux pages 1120 et 1121, le *Dictionary of Canadian Law* (1991), qui renvoie à *Archbold Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (43^e éd. 1988), à la p. 1342, donne au terme «*unlawfully*» le sens de [TRADUCTION] «[s]ans raison ou excuse légitime». Le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990), à la p. 1536, qui renvoie à *State c. Noble*, 563 P.2d 1153 (N.M. 1977), à la p. 1157, assimile le terme «*unlawful*» à l'expression [TRADUCTION] «sans excuse ou justification». Cette interprétation a été retenue dans de nombreuses affaires. (Voir par exemple *R. c. Wasyl Kapij* (1905), 1 W.L.R. 130, à la p. 136, qui interprète le mot «*unlawfully*» dans le contexte d'une infraction consistant à détourner ou empêcher illégalement un ecclésiastique de célébrer l'office divin.)

Dans des affaires portant plus précisément sur l'enlèvement par le père ou la mère selon l'art. 250, tel qu'il était rédigé avant les modifications de 1982, le terme «*unlawfully*» a été assimilé entre autres à «sans autorisation légitime», dans le sens de l'absence d'une autorité parentale sur l'enfant, ou «sans justification, autorisation ou excuse légitime». (Voir: *Ewaschuk, loc. cit.*, à la p. 179; *Johnstone, loc. cit.*, à la p. 273; *R. c. Van Herk*, précité, à la p. 363; *R. c. Enkirch* (1982), 1 C.C.C. (3d) 165 (C.A. Alb.); *R. c. Cook*, précité, à la p. 475; *R. c. Horsford*, précité, à la p. 480; *R. c. Kosowan*, précité; et *R. c. Falvo*, précité.)

Il convient d'interpréter le terme «*unlawfully*», à l'art. 281 du *Code criminel*, comme signifiant «sans justification, autorisation ou excuse légitime»; cette interprétation est conforme à l'objectif de l'article, qui consiste à prévenir et punir l'étranger qui a l'intention de priver un parent (tuteur, etc.) de son enfant (l'enfant dont il est le tuteur, etc.). Exiger qu'outre l'acte physique d'enlever un enfant, un acte illégal supplémentaire soit perpétré, est à contre-courant du remède que le législateur voulait apporter car une telle interprétation ne permettrait pas d'atteindre, de façon adéquate l'objec-

goal of prevention, and the rights of the parents could not be vindicated. This is especially true given the fact that when a stranger abducts a child, he or she often just "takes" the child in a non-violent manner. At the same time, this interpretation accords with the protection of those persons who innocently take a child out of the control of a parent (guardian, etc.), and who may well be able to provide justification for their conduct. Surely, the aim and purpose of the section cannot be to convict people who have a lawful justification for taking children such as an honourable purpose by a good samaritan.

However, the defences that the word "unlawfully" was intended to provide are in fact available and can be found in other sections of the *Code*. For instance, s. 8(3) states that the common law defences, justifications and excuses are available in respect of proceedings for an offence under the *Code* (unless it contradicts an Act of Parliament, which is not the case here). Furthermore, s. 25 of the *Code* already provides a defence for persons acting under authority such as child protection workers acting under a provincial statute. That would be the case under the *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 37 and 40. Thus, the defence of lawful authority is provided for by the *Code*, notwithstanding any express provision to that effect in s. 281.

This last observation accords with the view that the word "unlawfully", when equated with the expression "without lawful justification, authority or excuse", is unnecessary or redundant as these general exculpatory defences are already implicitly open to an accused. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 648, Laskin C.J., dissenting, however not on that point, made the following comments:

... the word "unlawfully" in the abortion provisions of the *Code*, a word which, as already noted, was removed in the *Criminal Code* revision effected by 1953-54 (Can.), c. 51. The removal of the word, under modern

tif de prévention et les droits des parents ne pourraient être sanctionnés. Ceci est particulièrement vrai étant donné le fait que l'étranger qui enlève un enfant ne fait souvent qu'«emmener» l'enfant sans recourir à la violence. De même, cette interprétation permet de protéger les personnes qui retirent innocemment un enfant du contrôle d'un parent (tuteur, etc.), et qui peuvent fort bien justifier leur geste. L'article ne peut assurément avoir pour objectif de punir une personne qui a une justification légitime d'emmener l'enfant, tel le bon samaritan animé d'un motif charitable.

Cependant, les moyens de défense que le terme «unlawfully» visait sont en fait accessibles et se retrouvent dans d'autres articles du *Code*. Par exemple, le par. 8(3) prescrit que les moyens de défense, justifications et excuses de common law s'appliquent aux poursuites pour une infraction visée par le *Code* (sauf s'ils sont incompatibles avec une loi du Parlement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce). En outre, l'art. 25 du *Code* prévoit déjà un moyen de défense pour les personnes autorisées par la loi à agir, comme les préposés à la protection de l'enfance qui agissent en vertu d'une loi provinciale. Ce serait le cas de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 37 et 40. Par conséquent, le moyen de défense fondé sur l'autorisation légitime est prévu au *Code*, nonobstant toute disposition expresse dans ce sens à l'art. 281.

Ce dernier commentaire concorde avec l'opinion selon laquelle, lorsqu'il est assimilé à l'expression «sans justification, autorisation ou excuse légitime», le terme «unlawfully» (illégalement) est inutile ou redondant puisque ces moyens généraux de défense disculpatoires sont déjà implicitement offerts à l'accusé. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 648, le juge en chef Laskin, dissident sur un autre point, a noté:

... la présence, dans les dispositions du *Code* relatives à l'avortement, du mot «illégalement», un mot qui, comme je l'ai déjà noté, a été enlevé dans la révision du *Code criminel* effectuée par le c. 51, 1953-54 (Can.).

drafting styles, was simply the removal of a redundancy which reflected an older style of drafting.

For his part, G. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 27-29, dealt at length with the issue of the use of the word "unlawfully" in statutes and, in the end, arrived at a similar conclusion to that of Laskin C.J.:

A criminal statute will frequently declare that it is an offence "unlawfully" to do a specified act. This use of the word "unlawfully" has been criticised, on the ground that it is the business of the statute to reveal to the citizen precisely what conduct the legislature has considered unlawful. On its face the word appears to be intended to have limiting effect, but there are several possible opinions as to the nature of the limitation.

(1) One interpretation would read the word "unlawfully" in a criminal statute as referring to a breach of the criminal law

(2) The word may indicate, in addition to (1), an intention to attach criminal punishment to an act that, though already a tort or other civil wrong, is not at the time of the passing of the statute a crime.

(3) In some cases courts have gone further and distinguished between what is legal and what is lawful; legal is what is in conformity with the law; lawful connotes also a requirement of morality

(4) Yet another possible interpretation of "unlawfully" is that the word is surplusage, merely indicating the existence of general defences in crime, such as infancy and insanity, which will in fact apply even if the word "unlawfully" is not in

It is submitted that this last is generally the best interpretation [Emphasis added.]

By way of contrast, I note that where, in result-based offences, a particular unlawful act attracts certain consequences, "unlawful" has a precise purpose, such as unlawfully causing bodily harm (s. 269 of the *Code*). In *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, this Court dealt with s. 269 of the *Code* which involves some additional unlawful act

Suivant les méthodes modernes de rédaction des lois, enlever ce mot, c'était simplement éliminer une redondance qui reflétait une méthode plus ancienne.

Pour sa part, G. Williams, *Criminal Law: The General Part* (2^e éd. 1961), aux pp. 27 à 29, a traité longuement de la question de l'utilisation de l'adverbe «unlawfully» (illégalement) dans les lois et est finalement parvenu à une conclusion similaire à celle du juge en chef Laskin:

[TRADUCTION] Une loi pénale prescrit fréquemment que constitue une infraction le fait de commettre un acte «illégalement». L'utilisation du terme «illégalement» a été critiquée pour le motif qu'il appartient à la loi d'informer le citoyen des comportements précis que le législateur a jugé illégaux. Si, à sa lecture, le terme en question paraît destiné à avoir des effets limitatifs, plusieurs opinions peuvent toutefois être avancées sur la nature de cette limite.

(1) Une interprétation serait que le mot «illégalement» dans une loi pénale indique une violation du droit criminel . . .

(2) Le terme peut indiquer, en plus de la première interprétation, l'intention d'imposer une sanction pénale à un acte qui, bien qu'il soit déjà un délit civil, n'est pas un crime à l'époque de l'adoption de la loi.

(3) Dans certains cas, les tribunaux sont allés plus loin et ont établi une distinction entre légal et légitime; l'acte légal est conforme à la loi, et l'acte légitime dénote également une exigence de moralité . . .

(4) Une autre interprétation possible du terme «illégalement» est qu'il est redondant, et indique seulement l'existence de moyens de défense généraux à l'égard d'un crime, comme la minorité et l'aliénation mentale, qui s'appliqueront en fait même si le mot «illégalement» n'est pas mentionné . . .

Nous pensons que cette dernière interprétation est en général la meilleure . . . [Je souligne.]

Je note que, par contre, pour les infractions fondées sur le résultat, lorsqu'un acte illégal donné entraîne certaines conséquences, le terme «illégal» vise un but précis, comme l'infliction illégale de lésions corporelles à autrui (art. 269 du *Code*). Dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, notre Cour a étudié l'art. 269 du *Code*, qui requiert

in order to constitute the offence. Sopinka J. stated this requirement in the following terms, at p. 956:

To be brought within the ambit of s. 269, an accused must have committed an underlying unlawful offence (otherwise referred to as the predicate offence) and have caused bodily harm to another person as a result of committing that underlying offence.

In that case, Sopinka J. examined the case law interpreting the term "unlawfully" in a similar provision, that is unlawful act manslaughter. He stated, at p. 962, that, in addition to "the requirement that an underlying offence with a constitutionally sufficient mental element has been committed", s. 269 required an additional aspect to the mental element of that section. Such an analysis is not applicable to s. 281 of the *Code* since, contrary to s. 269 of the *Code*, s. 281 is not a result-based offence and does not rely on an underlying offence. Thus, the notion that the word "unlawfully" in s. 281 of the *Code* requires some additional unlawful act, as the trial judge seems to have required, cannot be sustained on that basis.

Similarly, other interpretations of the word "unlawfully" have been put forward in particular contexts. (See: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 25, which dealt with unlawful act manslaughter under s. 222(5) of the *Code* and held that an "unlawful act" is one which is objectively dangerous; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1451-53, which was concerned with the admission of intercepted private communication evidence unlawfully obtained and with unlawful search or seizure, where unlawful was equated with "not authorized by law"; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1515, in a similar context; *R. v. Nygaard*, [1989] 2 S.C.R. 1074, at p. 1096, also in a similar context; *R. v. Robinson*, [1948] O.R. 857 (C.A.), which dealt with unlawful carnal connection, in which unlawful was found to mean "not authorized by law"; *R. v. Patterson* (1930), 55 C.C.C. 218 (Ont. C.A.), at p. 229, in which an assembly which was likely to produce dangers to the tranquillity and peace of the

la perpétration d'un acte illégal supplémentaire pour que l'infraction soit complète. Le juge Sopinka a exposé cette exigence dans les termes suivants à la p. 956:

Pour tomber sous le coup de l'art. 269, un accusé doit avoir commis une infraction sous-jacente et avoir causé des lésions corporelles à autrui par suite de la perpétration de cette infraction.

Dans cette affaire, le juge Sopinka a examiné la jurisprudence interprétant le terme «illégalement» dans une disposition semblable, celle de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. À la p. 962, il a déclaré qu'outre «l'exigence qu'une infraction sous-jacente comportant un élément moral suffisant du point de vue constitutionnel ait été commise», l'art. 269 exige un autre aspect relativement à l'élément moral de cet article. Une telle analyse ne s'applique pas à l'art. 281 du *Code* qui, contrairement à l'art. 269 du *Code*, ne crée pas une infraction fondée sur le résultat, ni ne repose sur une infraction sous-jacente. Par conséquent, l'idée que le terme «unlawfully» à l'art. 281 du *Code* appelle un acte illégal supplémentaire, comme le juge du procès semble l'avoir requis, ne saurait être maintenue sur cette base.

De même, d'autres interprétations du mot «illégalement» ont été avancées dans des contextes particuliers. (Voir: *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, à la p. 25, qui portait sur l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, selon le par. 222(5) du *Code*, et où on a conclu que l'«acte illégal» est celui qui est objectivement dangereux; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1451 à 1453, qui portait sur l'admission de communications privées, interceptées illégalement, et sur une fouille, une perquisition et une saisie abusives, et où on a déterminé qu'«illégal» signifie «pas autorisé par la loi»; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1515, dans un contexte semblable; *R. c. Nygaard*, [1989] 2 R.C.S. 1074, à la p. 1096, également dans un contexte semblable; *R. c. Robinson*, [1948] O.R. 857 (C.A.), qui portait sur des relations sexuelles illégales, conclut qu'«illégal» signifiait «non autorisé par la loi»; dans *R. c. Patterson* (1930), 55 C.C.C. 218 (C.A. Ont.), à la p. 229, une réunion suscepti-

neighbourhood was found to be an unlawful assembly; *R. v. Connolly* (1894), 25 O.R. 151 (Ch. Div.), in which unlawful was held to mean a "thing of public mischief"; *Lyons v. Smart* (1908), 6 C.L.R. 143 (H.C. Aust.), at p. 147, in which unlawful was interpreted as meaning "wicked in itself".) These interpretations are specific to the offences under scrutiny and cannot automatically and necessarily be applied to s. 281 of the *Code*. The particular features of s. 281 must be considered.

In the case of s. 281, given its legislative history, its purpose, the context in which it was enacted and, most particularly, the absence of the word "unlawfully" (*illégalement*) in the French text of s. 281, it is my view that the word "unlawfully" in the English text of s. 281 was carried over from the 1892 legislation under less "modern drafting styles" and the word is "surplusage, merely indicating the existence of general defences in crime". Retaining that word in the English text was a mere oversight and the French text reflects the true intent of Parliament when, in 1982, it redrafted s. 250 (now s. 281) to apply only to abduction by strangers. The fact that the word "unlawfully" does not appear in s. 250.1 (now s. 282) and 250.2 (now s. 283) provides further support for this conclusion.

As a consequence, there was no necessity for the Crown to prove an additional unlawful act or some element of unlawfulness beyond the taking of a child by a person who did not have lawful authority over that child. The trial judge was in error in so interpreting s. 281 of the *Code*.

I now turn to the remaining issue, the *mens rea* required by s. 281 of the *Code*.

B. The Mens Rea

The required intent in s. 281 is couched in the following terms: "with intent to deprive a parent or guardian, or any other person who has the lawful

ble de mettre en danger la tranquillité et la paix du voisinage a été jugée illégale; *R. c. Connolly* (1894), 25 O.R. 151 (Ch. Div.), conclut qu'«illégal» signifiait un «méfait public»; *Lyons c. Smart* (1908), 6 C.L.R. 143 (H.C. Aust.), a donné à «illégal» le sens de «mauvais en soi».) Ces interprétations sont propres aux infractions en cause et ne peuvent systématiquement et nécessairement s'appliquer à l'art. 281 du *Code*. Les caractéristiques particulières de l'art. 281 doivent en effet être considérées.

Compte tenu de l'historique législatif de l'art. 281, de son objectif, du contexte dans lequel il a été adopté et, plus particulièrement, de l'absence du terme «illégalement» dans le texte français, je suis d'avis que le terme «unlawfully» du texte anglais de l'art. 281 a été puisé dans la loi de 1892 suivant des «méthodes [moins] modernes de rédaction», qu'il est «redondant, et indique seulement l'existence de moyens de défense généraux à l'égard d'un crime». Le maintien du terme dans le texte anglais est une simple inadvertance, et c'est le texte français qui exprime la véritable intention du législateur à l'époque où, en 1982, ce dernier a reformulé l'art. 250 (maintenant l'art. 281) pour l'appliquer uniquement à l'enlèvement par un étranger. Le fait que le terme «unlawfully» ne figure pas aux art. 250.1 (maintenant l'art. 282) et 250.2 (maintenant l'art. 283) étaye d'autant plus cette conclusion.

En conséquence, il n'était pas nécessaire pour le ministère public d'établir un acte illégal supplémentaire ou quelque élément d'illégalité outre celui, pour une personne n'ayant aucune autorité légitime sur un enfant, d'enlever l'enfant. Le juge du procès a donc commis une erreur en interprétant ainsi l'art. 281 du *Code*.

J'en viens maintenant à la dernière question, la *mens rea* requise à l'art. 281 du *Code*.

B. La mens rea

L'intention requise par l'art. 281 est couchée dans les termes suivants: «avec l'intention de priver de la possession de [la personne] le père, la

care or charge of that person, of the possession of that person”.

(1) “deprive . . . of the possession”

In order to interpret the intent requirement in s. 281, a brief discussion of the meaning of the phrase “deprive . . . of the possession” is a prerequisite. I agree with the appellant that, given the fact that children are not inanimate objects, this wording must be interpreted to encompass the idea that parents have the right to the care and control of their children. This approach was adopted in the Ontario Court of Appeal decision of *R. v. McDougall* (1990), 1 O.R. (3d) 247 (C.A.), where Doherty J.A. discussed this phrase in relation to s. 282 of the *Criminal Code*, the related section of parental abduction, at p. 259:

I take possession to mean physical control over the child or physical custody of the child. To intend to deprive the other parent of that physical control or custody, one must intend to somehow put the child beyond the reach of that control or custody.

It is clear that “possession” is not limited to circumstances in which the parent or guardian is actually in physical control of the child at the time of the taking. In *R. v. Meddoui*, [1990] A.J. No. 455 (QL), aff’d [1991] 3 S.C.R. 320, a child was playing amongst other children rather than being physically supervised by her guardian when the “enticement” occurred. The trial court concluded, and the appeal court confirmed, that the child had been “in the possession” of her guardian for the purposes of s. 281 of the *Criminal Code*. Moreover, as the appellant notes, this concept of “deprive . . . of the possession”, relates to the ability of the parent (guardian, etc.) to exercise his or her right of control over the child and is therefore in keeping with the intent of the legislation to prevent interference with such rights, and with jurisprudence relating to deprivation of possession. (See *R. v. Manktelow* (1853), 6 Cox C.C. 143 (C.C.A.).)

Further, as noted by the Court of Appeal of Alberta in *Meddoui*, the intended deprivation of possession of a child need only be for a very short

mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde ou la charge légale de cette personne».

(1) «priver de la possession»

Pour interpréter l'intention requise à l'art. 281, une brève discussion du sens de l'expression «priver de la possession» est un préalable. Je conviens avec l'appelante que, puisque les enfants ne sont pas des objets inanimés, il faut interpréter ce libellé comme comprenant l'idée que les parents ont droit à la garde et au contrôle de leurs enfants. Ce point de vue a été adopté par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. McDougall* (1990), 1 O.R. (3d) 247 (C.A.), où, à la p. 259, le juge Doherty a analysé cette expression dans le contexte de l'art. 282 du *Code criminel*, la disposition connexe traitant de l'enlèvement par le père ou la mère:

[TRADUCTION] À mon avis, «possession» implique un contrôle physique sur la personne de l'enfant ou sa garde physique. Pour avoir l'intention de priver l'autre parent du contrôle ou de la garde physique de l'enfant, il faut avoir l'intention de le soustraire de quelque manière à ce contrôle ou à cette garde.

De toute évidence, le sens de «possession» ne se limite pas aux cas où le parent ou le tuteur a véritablement le contrôle physique de la personne de l'enfant au moment de l'enlèvement. Dans l'arrêt *R. c. Meddoui*, [1990] A.J. n° 455 (QL), conf. par [1991] 3 R.C.S. 320, il s'agissait d'une enfant qui jouait parmi d'autres enfants et n'était pas sous la surveillance physique de son tuteur lorsqu'elle a été «entraînée». La cour de première instance a conclu, et la Cour d'appel a confirmé, que l'enfant était «en la possession» de son tuteur aux fins de l'art. 281 du *Code criminel*. En outre, comme l'appelante le signale, la notion de «priver de la possession» se rattache à la capacité du parent (tuteur, etc.) d'exercer son droit de contrôle sur l'enfant, et est donc compatible avec l'intention de la loi de prévenir les atteintes à ce droit, et avec la jurisprudence relative à la privation de la possession. (Voir *R. c. Manktelow* (1853), 6 Cox C.C. 143 (C.C.A.).)

En outre, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de l'Alberta dans *Meddoui*, l'intention de priver le parent de la possession d'un enfant peut

period of time and need not be an attempt at permanent removal. Affirming this decision, Sopinka J., for the Court, in brief oral reasons from the bench, adopted the reasons of the Alberta Court of Appeal where the appellate court concluded as follows:

Whether the accused may have had an innocent motive, or intended to interfere with possession for a very short period of time is beside the point.

D. Watt in *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), expresses a similar view at pp. 144-45:

It may be noticed that the "intent to deprive" described in ss. 250 to 250.2, inclusive, is left unqualified by words such as "temporarily or absolutely", "temporarily" or "permanently". The unqualified nature of the language used in the sections would appear to make it unnecessary for the prosecution to demonstrate that D. intended a permanent deprivation: any intention to deprive the parent, guardian or custodian of the possession of such young person or child would appear to satisfy the statutory command of the sections. Put differently, in respect of the offences of ss. 250 to 250.2, inclusive, an intention to deprive, whether temporarily or permanently, a parent, guardian or custodian of the possession of a child or young person of the protected class will attract liability. [Emphasis added.]

Moreover, in order for there to be deprivation of possession, there need not be any withholding of the child. Indeed, where withholding is made a necessary element of deprivation, the deprivation arises as a result of "detention" rather than by "taking, or enticing" (see *McDougall*, *supra*, and *Bigelow*, *supra*).

(2) "with intent to"

General principles of *mens rea* apply to the words "with intent to", and, accordingly, in order to conclude that the *mens rea* of the offence under s. 281 has been made out, it is sufficient that the taker knows or foresees that his or her actions would be certain or substantially certain to result in the parents (guardians, etc.) being deprived of the ability to exercise control over the child.

n'être que pour une très brève durée, et elle ne doit pas nécessairement être une tentative de l'en priver de façon permanente. Confirmant cette décision dans de brefs motifs prononcés à l'audience, le juge Sopinka a, pour la Cour, fait sienne la conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Alberta:

[TRADUCTION] Que l'accusé ait pu être animé d'un mobile innocent, ou qu'il ait eu l'intention d'entraver la possession pour une très brève période n'a rien à voir.

Dans *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), aux pp. 144 et 145, D. Watt exprime une opinion semblable:

[TRADUCTION] On peut remarquer que «l'intention de priver» décrite aux art. 250 à 250.2 inclusivement n'est pas déterminée par des mots comme «temporairement ou entièrement», «temporairement» ou «de façon permanente». Le libellé des articles, dépourvu de qualificatif, semblerait rendre inutile pour la poursuite de démontrer que D. avait l'intention de priver de façon permanente: toute intention de priver le parent, le tuteur ou le gardien de la possession d'une jeune personne ou d'un enfant paraîtrait respecter la prescription des articles. En d'autres termes, relativement aux art. 250 à 250.2 inclusivement, l'intention de priver, que ce soit temporairement ou de façon permanente, un parent, un tuteur ou une personne ayant la possession d'un enfant ou d'une jeune personne de la catégorie protégée entraînerait la culpabilité. [Je souligne.]

De plus, pour qu'il y ait privation de la possession, il n'est pas nécessaire que l'enfant soit retenu. Lorsqu'on fait de la retenue un élément nécessaire de la privation, c'est que celle-ci résulte de la «détention» de l'enfant plutôt que de l'«enlèvement» ou de l'«entraînement» (voir *McDougall* et *Bigelow*, précités).

(2) «avec l'intention de»

Les principes généraux de la *mens rea* s'appliquent à l'expression «avec l'intention de». Pour conclure que la *mens rea* de l'infraction prévue à l'art. 281 est établie, il suffit donc que l'auteur de l'enlèvement sache ou prévoie qu'il est certain ou presque certain que ses actes priveront les parents (tuteurs, etc.) de la capacité d'exercer leur contrôle sur l'enfant.

In *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), although in the context of wilful promotion of hatred, Martin J.A. stated at pp. 384-85:

I agree . . . that, as a general rule, a person who foresees that a consequence is certain or substantially certain to result from an act which he does in order to achieve some other purpose, intends that consequence. The actor's foresight of the certainty or moral certainty of the consequence resulting from his conduct compels a conclusion that if he, none the less, acted so as to produce it, then he decided to bring it about (albeit regretfully), in order to achieve his ultimate purpose. His intention encompasses the means as well as to his ultimate objective. [Emphasis added.]

This definition of intent was subsequently approved by this Court in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 774-75. Moreover, in *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, at p. 1182, this Court examined the possibility that intent under s. 338 (now s. 380) of the *Code* may encompass a contemplated outcome distinct from the purpose of the conduct. It adopted the English Court of Appeal's dictum in *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29:

Generally the primary objective of fraudsman is to advantage themselves. The detriment that results to their victims is secondary to that purpose and incidental. It is "intended" only in the sense that it is a contemplated outcome of the fraud that is perpetrated.

In *Meddoui*, *supra*, several children had been playing in their backyard next to a back alley when the defendant approached the children and offered some of the children money if a young girl, who he identified, would go with him. The young girl followed him. However, approximately ten minutes later, she ran home crying and frightened. One of the issues raised on appeal was the evidentiary basis which must be laid before a trial judge may conclude that an accused intended to deprive parents of the possession of a child, pursuant to s. 281. The Court of Appeal held that it was open to the trial judge to infer the necessary intent from the facts:

We are satisfied that it was open to the trial judge to infer the necessary intention. Whether the accused may

Dans *R. c. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), bien que dans un contexte de fomentation volontaire de la haine, le juge Martin a dit aux pp. 384 et 385:

[TRADUCTION] Je conviens [. . .] qu'en général, quiconque prévoit qu'une conséquence résultera certainement ou presque certainement de l'acte qu'il commet pour atteindre une autre fin, cette conséquence est intentionnelle. Le fait pour l'auteur de prévoir la certitude ou la certitude morale de la conséquence de son comportement force à conclure que, s'il a néanmoins agi de manière à provoquer cette conséquence, c'est qu'il a décidé, bien qu'avec regret, de la causer pour atteindre son but ultime. Son intention englobe les moyens utilisés, de même que son but ultime. [Je souligne.]

Cette définition de l'intention a été subséquemment approuvée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 774 et 775. Par ailleurs, dans *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, à la p. 1182, notre Cour a examiné la possibilité que l'intention visée à l'art. 338 (maintenant l'art. 380) du *Code* puisse comprendre un résultat prévu distinct de la fin qui sous-tend le comportement. Elle a adopté l'obiter de la Cour d'appel anglaise dans *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29:

[TRADUCTION] En général, un fraudeur veut avant tout se procurer un avantage. Le tort causé à sa victime est secondaire et incident. Il n'est « intentionnel » que parce qu'il fait partie du résultat prévu de la fraude.

Dans *Meddoui*, précité, plusieurs enfants jouaient dans un jardin près d'une ruelle quand le défendeur s'est approché des enfants et a offert de l'argent à certains d'entre eux à la condition qu'une fillette, qu'il a désignée, l'accompagne. La fillette l'a suivi. Toutefois, environ dix minutes plus tard, elle est rentrée à la maison en courant, en larmes et effrayée. L'une des questions soulevées en appel portait sur les éléments de preuve qui doivent être présentés pour qu'un juge du procès puisse conclure qu'un accusé avait l'intention de priver les parents de la possession de leur enfant contrairement à l'art. 281. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès pouvait inférer l'intention requise des faits:

[TRADUCTION] Nous sommes convaincus qu'il était possible au juge du procès d'inférer l'intention requise. Que

have had an innocent motive, or intended to interfere with possession for a very short period of time is beside the point. We are unaided by any evidence from the accused on this aspect of the case because he denied that he was involved in the taking.

(See also: *R. v. Rousseau*, [1982] C.S. 461; *R. v. Green* (1989), 89 N.S.R. (2d) 16 (C.A.); *R. v. Whitty* (1977), 12 Nfld. & P.E.I.R. 361 (Nfld. C.A.); *R. v. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (Ont. C.A.), at p. 318; *R. v. Johnson* (1984), 65 N.S.R. (2d) 54 (C.A.); and *R. v. Sam*, [1993] Y.J. No. 233 (Terr. Ct.) (QL).) It is especially true that intent can be inferred from the surrounding circumstances when we consider that intent is very seldom exteriorized.

The argument of innocent motive or purpose, while relevant, is not dispositive of the question of intent, since intent, purpose and motive are not one and the same. In the British Columbia Court of Appeal decision of *R. v. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393, the court addressed the intent requirement under s. 282 of the *Criminal Code* and underlined that the concept of purpose must be kept distinct from intent, at p. 395:

I think the argument raised under this heading confuses what might be conveniently called the concept of "purpose" with that of "intent". It appears that the appellant's *purpose* in going to Toronto was to get work, rather than to defeat his wife's access rights, but his *intent* in taking the child with him was that the child should stay in Toronto . . . His intent was that she be deprived of the rights which she had under that order. [Italics in original.]

D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 128-30, commenting on *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, expresses the following view with respect to the meaning of intent and the distinction between intent and motive:

The Code provides no general definition of intent and our courts have not found it necessary to fill the gap. "Intent" seems to have been construed in a loose colloquial sense of actual desire, end, purpose, aim, objective or design and knowledge to mean actual knowledge, for example, of the contents of the package possessed. It seems futile for criminal law to enter the unfathomable

l'accusé ait pu être animé d'un mobile innocent ou qu'il ait eu l'intention d'entraver la possession pour une très brève période n'a rien à voir. Le témoignage de l'accusé n'est d'aucune assistance à cet égard puisqu'il a nié avoir pris part à l'enlèvement.

(Voir également: *R. c. Rousseau*, [1982] C.S. 461; *R. c. Green* (1989), 89 N.S.R. (2d) 16 (C.A.); *R. c. Whitty* (1977), 12 Nfld. & P.E.I.R. 361 (C.A.T.-N.); *R. c. MacKinlay* (1986), 28 C.C.C. (3d) 306 (C.A. Ont.), à la p. 318; *R. c. Johnson* (1984), 65 N.S.R. (2d) 54 (C.A.); et *R. c. Sam*, [1993] Y.J. n° 233 (C. Terr.) (QL).) Il est particulièrement vrai que l'on peut inférer l'intention des circonstances qui entourent l'affaire lorsque l'on considère qu'elle est très rarement extériorisée.

L'argument du mobile ou de l'objectif innocent, quoique pertinent, ne suffit pas pour trancher la question de l'intention, car l'intention, l'objectif et le mobile ne sont pas la même chose. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Petropoulos* (1990), 59 C.C.C. (3d) 393, a analysé l'intention requise par l'art. 282 du *Code criminel*, et a souligné que le concept de l'objectif doit demeurer distinct de celui de l'intention, à la p. 395:

[TRADUCTION] Je crois que l'argument soumis à cet égard confond ce qui pourrait bien être appelé le concept du «but» avec celui de l'«intention». Il appert qu'en se rendant à Toronto, l'appelant avait pour *but* de se trouver un emploi, et non pas de priver son épouse de ses droits de visite, mais son *intention*, en emmenant l'enfant avec lui, était que celui-ci demeure à Toronto [. . .] Il avait l'intention de priver son épouse des droits que lui conférait l'ordonnance. [Italiques dans l'original.]

D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), aux pp. 128 à 130, commentant l'arrêt *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, exprime l'idée suivante sur la signification de l'intention et la distinction entre l'intention et le mobile:

[TRADUCTION] Le Code ne prévoit aucune définition générale de l'intention, et nos tribunaux n'ont pas jugé nécessaire de combler cette lacune. L'«intention» semble avoir été interprétée dans un sens vague et familier de désir, fin, objectif, but ou dessein véritable, et la «connaissance», comme la connaissance véritable, par exemple, du contenu du paquet possédé. Il semble futile

depths of the philosophical debate as to the meaning of "intent". Our courts are, as we shall soon explore, increasingly prepared to extend *mens rea* to wider concepts of states of mind. This being so, the debate as to the meaning of intent will often be totally irrelevant.

A motive for an act is the explanation of why the actor acted. A motive or series of motives logically arises before an act is committed. This might well be only at the unconscious level. Intent and motive do not necessarily coincide.

[The decision of this Court in *Lewis* after reviewing English and Canadian authorities reduced the place of motive in a criminal trial to six propositions:]

(1) As evidence, motive is always relevant and hence evidence of motive is admissible

(2) Motive is no part of the crime and is legally irrelevant to criminal responsibility. It is not an essential element of the prosecution's case as a matter of law

(3) Proved absence of motive is always an important fact in favour of the accused and ordinarily worthy of note in a charge to the jury

(4) Conversely, proved presence of motive may be an important factual ingredient in the Crown's case, notably on the issues of identity and intention, when the evidence is purely circumstantial

(5) Motive is therefore always a question of fact and evidence and the necessity of referring to motive in the charge to the jury falls within the general duty of the trial Judge "to not only outline the theories of the prosecution and defence but to give the jury matters of evidence essential in arriving at a just conclusion"

(6) Each case will turn on its own unique set of circumstances. The issue of motive is always a matter of degree. [Emphasis added.]

The above extracts reinforce the proposition that intent and motive are different concepts within

en droit criminel de pénétrer les profondeurs insondables du débat philosophique sur le sens d'«intention». Nos tribunaux sont, comme nous le verrons bientôt, de plus en plus disposés à étendre la *mens rea* à des concepts plus larges d'états d'esprit. Cela étant, le débat sur le sens de l'intention sera fréquemment sans aucune pertinence.

Le mobile d'un acte explique la raison pour laquelle l'auteur a agi. En toute logique, le mobile, ou une série de mobiles, germe avant que l'acte soit commis. Cela peut très bien se passer au niveau de l'inconscient. L'intention et le mobile ne sont pas nécessairement les mêmes.

[Dans *Lewis*, notre Cour, après avoir revu la jurisprudence anglaise et canadienne, a résumé la place du mobile dans un procès criminel en six propositions:]

(1) La preuve du mobile est toujours pertinente: il s'ensuit qu'elle est recevable. . .

(2) Le mobile ne fait aucunement partie du crime et n'est pas juridiquement pertinent à la responsabilité criminelle. Il ne constitue pas un élément juridiquement essentiel de l'accusation portée par le ministère public . . .

(3) La preuve de l'absence de mobile est toujours un fait important en faveur de l'accusé et devrait ordinairement faire l'objet de commentaires dans un exposé du juge au jury. . .

(4) À l'inverse, la présence d'un mobile peut être un élément important dans la preuve du ministère public, notamment en ce qui regarde l'identité et l'intention lorsque la preuve est entièrement indirecte.

(5) Le mobile est donc toujours une question de fait et de preuve et la nécessité de s'y référer dans son adresse au jury est régie par le devoir général du juge de première instance de «ne pas seulement récapituler les thèses de la poursuite et de la défense mais de présenter au jury les éléments de preuve indispensables pour parvenir à une juste conclusion».

(6) Chaque affaire dépend des circonstances uniques qui l'entourent. La question du mobile est toujours une question de mesure. [Je souligne.]

Les passages reproduits ci-dessus étayent la proposition selon laquelle l'intention et le mobile sont

criminal law and that, although evidence of motive may be evidence of intent, proof of motive is not necessary to prove intent.

The difficulties of defining and proving intent have most recently been examined by the Government of Canada in its white paper, *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*, released on June 28, 1993. The following excerpt, at p. 3, is helpful for our purposes:

12.4 (2) Except as otherwise provided by this Act or any other Act of Parliament, where the description of an offence specifies or the law otherwise provides, in substance, that there be intention in respect of an element of the offence, no person commits that offence unless

(a) where that element is an act or omission, the person means to commit the act or make the omission, as the case may be;

(b) where that element is a circumstance, the person knows the circumstance; or

(c) where that element is a consequence, the person

(i) means to cause that consequence, or

(ii) is aware that the consequence will occur in the ordinary course of events. [Emphasis added.]

Williams expresses a similar view in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 84:

Even though a man's knowledge that a particular consequence will probably result from his act is sometimes an insufficient basis for saying that he intends it, there are strong reasons for holding that as a legal matter he can be held to intend something that he knows for sure he is doing.

Ewaschuk, in *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987), vol. 2, at p. 21-65, relies on *Buzzanga*, *supra*, and Williams, "Intents in the Alternative" (1991), 50 *Cambridge L.J.* 120, for the following proposition:

A person thus intends an event when his conscious purpose is to cause the event. A person furthermore intends an event when he has no intent or purpose to cause the

des concepts distincts en droit criminel et, bien que la preuve du mobile puisse s'appliquer également à l'intention, la preuve du mobile n'est pas indispensable pour prouver l'intention.

Les préoccupations relatives à la difficulté de définir et de prouver l'intention ont été examinées très récemment par le gouvernement du Canada dans son livre blanc *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)*, publié le 28 juin 1993. L'extrait suivant, à la p. 3, est utile en l'espèce:

12.4 (2) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, pour qu'il y ait infraction, il faut, si la disposition la créant ou toute autre règle de droit prévoit que le critère de l'intention s'applique à un de ses éléments constitutifs, que l'auteur du fait en cause:

a) dans le cas du fait, veuille l'accomplir;

b) dans le cas d'une circonstance, sache qu'elle existe;

c) dans le cas d'un résultat, veuille atteindre le résultat en cause ou soit conscient du fait qu'il se produira dans le cours normal des choses. [Je souligne.]

Williams exprime une opinion similaire dans *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), à la p. 84:

[TRADUCTION] Bien que le fait de savoir, pour un individu, que l'acte qu'il commet entraînera probablement une conséquence particulière soit parfois insuffisant pour dire qu'il a l'intention qu'elle survienne, il y a de fortes raisons de conclure qu'en droit, on peut juger que l'intention existe à l'égard de ce qu'il sait avec certitude qu'il fait.

Dans *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. 1987), vol. 2, à la p. 21-65, Ewaschuk invoque l'arrêt *Buzzanga*, précité, et Williams, «Intents in the Alternative» (1991), 50 *Cambridge L.J.* 120, pour maintenir ce qui suit:

[TRADUCTION] Une personne vise intentionnellement un événement si elle a pour but conscient de causer l'événement. Une personne vise aussi intentionnellement un

event but foresees that the event (consequence) is certain or *substantially certain* to result from an act which he does in order to achieve some other purpose. In the latter case, the person is deemed to have intended the inevitable consequence of his act regardless of his actual purpose. [Emphasis added; italics in original.]

(See: E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at pp. 117-18; Mewett and Manning, *supra*, at p. 113; and *R. v. Sam*, *supra*. *Contra*: *Harris's Criminal Law* (22nd ed. 1973), at pp. 39-40; *R. v. Elder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 122 (Sask. Dist. Ct.); *R. v. Leech* (1972), 10 C.C.C. (2d) 149 (Alta. S.C.T.D.); and *R. v. Steane*, [1947] K.B. 997 (C.C.A.).) The element of intent in s. 281 must be interpreted in this manner so as to give s. 281 a meaning that is consistent with the legislative intent, the purpose, and the social context — all of which I have discussed above — of this section of the *Code*. (Compare *R. v. McDougall*, *supra*, in which the Court of Appeal of Ontario adopted a purposive approach to the determination of the intent requirement in s. 282 of the *Criminal Code*.)

To summarize, although proof of intent under s. 281 can be met by the intentional and purposeful deprivation of the parent's control over the child, the main body of jurisprudence and the academic commentaries support the view that the *mens rea* in offences such as s. 281 of the *Code* can also be proven by the mere fact of the deprivation of possession of the child from the child's parents (guardians, etc.) through a taking, as long as the trier of fact draws an inference that the consequences of that taking are foreseen by the accused as a certain or substantially certain result of the taking, independently of the purpose or motive for which such taking occurred.

The objective of the legislation is simple, as it is both preventative as regards future harm, and reactive as to the act of immediate wrongful interference with custodial rights. In this light, and with the purpose of the section in mind, the intent requirement of s. 281 of the *Code* must be interpreted so that if a child is in a park or on the street

événement lorsqu'elle n'a ni l'intention ni pour objectif de causer l'événement, mais prévoit que l'événement (la conséquence) résultera certainement ou *presque certainement* de l'acte qu'elle accomplit pour atteindre un autre but. Dans ce dernier cas, la personne est présumée avoir visé intentionnellement la conséquence inévitable de son acte, indépendamment de son but véritable. [Je souligne; italiques dans l'original.]

(Voir: E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), aux pp. 117 et 118; Mewett et Manning, *op. cit.*, à la p. 113; *R. c. Sam*, précité. *Contra*: *Harris's Criminal Law* (22^e éd. 1973), aux pp. 39 et 40; *R. c. Elder* (1978), 40 C.C.C. (2d) 122 (C. dist. Sask.); *R. c. Leech* (1972), 10 C.C.C. (2d) 149 (C.S. Alb. 1^{re} inst.); et *R. c. Steane*, [1947] K.B. 997 (C.C.A.).) L'élément d'intention à l'art. 281 doit être interprété de cette façon pour donner à l'art. 281 un sens compatible avec l'intention du législateur, le but visé et le contexte social — dont j'ai discuté plus haut — de cette disposition du *Code* (comparer avec *R. c. McDougall*, précité, où la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu à la méthode fondée sur l'objet pour déterminer l'intention requise aux fins de l'art. 282 du *Code criminel*).

Pour résumer, bien que l'on puisse établir l'intention aux fins de l'art. 281 en démontrant la privation intentionnelle et à dessein du contrôle des parents sur l'enfant, la plus grande partie de la jurisprudence et de la doctrine appuie l'opinion que la *mens rea* requise à l'égard d'infractions comme celle prévue à l'art. 281 du *Code* peut aussi être établie par la simple privation des parents (tuteurs, etc.) de la possession de leur enfant au moyen de l'enlèvement, pour autant que le juge des faits puisse, par inférence, conclure que l'auteur de l'enlèvement a prévu certainement ou presque certainement les conséquences de l'enlèvement, indépendamment du but ou du mobile de l'enlèvement.

L'objectif de la loi est simple, en ce qu'il est à la fois préventif par rapport au préjudice futur, et réactionnel quant à l'acte de l'obstruction illégale et immédiate des droits de garde. Vue sous cet angle, et compte tenu de l'objectif de cette disposition, l'intention requise à l'art. 281 du *Code* doit être interprétée ainsi: l'enfant qui se trouve dans

with the knowledge or consent of the parents (guardians, etc.), and therefore, within the parents' (guardians', etc.) realm of control and possession and is taken, it will be rare indeed that the deprivation of possession of the child from the parents (guardians, etc.) was not the intent of the impugned act. This is ultimately, however, a matter of inference for the trier of fact. In the end, if the purpose of the section is to be achieved, foresight of the certainty or near certainty of the end result must be sufficient.

C. Conclusion

To recapitulate, the word "unlawfully" in the English text of s. 281 of the *Code* means "without lawful justification, authority or excuse", and is surplusage or merely an oversight. It does not entail evidence beyond that of the taking by a person without legal authority over the child. The required *mens rea* can be established by the mere fact of the deprivation of possession of the child from the child's parents (guardians, etc.) through the taking, as long as the trier of fact draws an inference that the consequences of that taking are foreseen by the accused as a certain or substantially certain result of the taking, independently of the purpose or motive for which such taking occurred. The general defences, justifications or excuses available under the *Code* apply to the offence under s. 281 just as they do for other offences generally.

The only remaining question is whether, on the facts of this case, the trial judge erred in concluding that there was no evidence upon which a properly instructed jury could convict the respondent of the offence charged, so that the motion for non-suit could properly be allowed. That is a question of law which I will now address.

D. The Motion for Non-suit

In *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, Ritchie J. stated at p. 1080 the test to determine whether a motion for non-suit has been made out:

un parc ou dans la rue, à la connaissance ou du consentement des parents (tuteurs, etc.), est par conséquent sous le contrôle et en la possession de ces derniers. S'il est enlevé, ce n'est que très rarement que la privation des parents (tuteurs, etc.) de la possession de l'enfant ne constitue pas l'intention de l'acte reproché. En dernier ressort, cependant, cette conclusion relèvera du juge des faits. Bref, si l'objectif de cet article doit être atteint, le fait de prévoir de façon certaine ou presque certaine le résultat final doit suffire.

C. Conclusion

Pour récapituler, le terme «*unlawfully*» du texte anglais de l'art. 281 du *Code* signifie «sans justification, autorisation ou excuse légitime», et il est redondant ou simplement maintenu par inadvertance. Il n'exige d'autre preuve que celle de l'enlèvement par une personne qui n'a aucune autorité légale sur l'enfant. La *mens rea* requise peut être établie par le simple fait de priver les parents (tuteurs, etc.) de la possession de l'enfant au moyen de l'enlèvement, à condition que le juge des faits puisse conclure, par inférence, que les conséquences de cet enlèvement sont prévues par l'accusé comme un résultat certain ou presque certain, indépendamment du but ou du mobile de l'enlèvement. Les moyens de défense, justifications ou excuses généraux offerts dans le *Code* s'appliquent à l'infraction prévue à l'art. 281 tout autant qu'à l'égard des infractions en général.

Il reste à déterminer si, compte tenu des faits de l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait aucune preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées de déclarer l'intimé coupable de l'infraction reprochée et qu'il y avait donc lieu d'accueillir la requête en non-lieu. C'est une question de droit que j'aborde maintenant.

D. La requête en non-lieu

Dans *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie a exposé comme suit le critère permettant de déterminer si une requête en non-lieu est fondée, à la p. 1080:

... the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) [of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34] is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction. [Emphasis added.]

McIntyre J., for the Court in *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, applied this test to directed verdicts. At page 161, he wrote:

Where there is before the court any admissible evidence, whether direct or circumstantial, which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction, the trial judge is not justified in directing a verdict of acquittal. It is not the function of the trial judge to weigh the evidence, to test its quality or reliability once a determination of its admissibility has been made. It is not for the trial judge to draw inferences of fact from the evidence before him. These functions are for the trier of fact, the jury.

In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, the majority applied the test set out in *Shepard* to directed verdicts, and concluded that, although a case is made up of purely circumstantial evidence, where there is some evidence going to each of the essential elements of the offence, the question of weighing the evidence and deciding the ultimate issue should be left to the trier of fact. That was the test that the trial judge had to apply to the facts of this case, which I will now review.

E. Application to the Case at Bar

Applying this legal test to the facts of this case, there was evidence, in my view, upon which a reasonable jury properly instructed could conclude that the respondent would have known or foreseen that his actions in taking or enticing Tyler would

... le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 [du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34] est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité. [Je souligne.]

Dans *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, le juge McIntyre, au nom de la Cour, a appliqué le même critère aux verdicts imposés. À la page 161, il a écrit:

Lorsqu'on présente au tribunal un élément de preuve admissible, direct ou circonstancielle qui, s'il était accepté par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité, le juge du procès n'est pas justifié d'imposer un verdict d'acquiescement. Le juge du procès n'a pas pour fonction d'évaluer la preuve en vérifiant sa force probante ou sa fiabilité lorsqu'on a décidé qu'elle était admissible. Il n'incombe pas au juge du procès de faire des inférences de fait d'après les éléments de preuve qui lui sont présentés. Ces fonctions incombent au juge des faits, le jury.

Dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, la majorité a appliqué le critère énoncé dans *Shepard* aux verdicts imposés, et conclu que, même si une affaire est fondée sur une preuve purement circonstancielle, lorsqu'il existe une preuve sur chacun des éléments essentiels de l'infraction, la tâche d'apprécier la preuve ou de trancher la question ultime devrait être laissée au juge des faits. C'est le critère que le juge du procès devait appliquer aux faits de la présente affaire, que je vais maintenant examiner.

i E. Application à l'espèce

Si j'applique ce critère juridique aux faits de l'espèce, je suis d'avis qu'il existait une preuve sur laquelle un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu se fonder pour conclure que l'intimé savait ou avait prévu que le fait d'enlever ou

be certain or substantially certain to result in Tyler's parents being deprived of their ability to exercise control over Tyler, i.e., deprived of the possession of Tyler, who was eight years old at the time, a child under s. 281 of the *Code*.

The evidence relating to each essential element of the offence is as follows:

1. The accused is not a parent, guardian or person having the lawful care or charge of a person under the age of fourteen years.

This was not contested.

2. The age of the child.

This was not contested.

3. The accused took, enticed away, concealed, detained, received or harboured the child, thereby depriving the person with custody of the ability to exercise physical control over the child.

There is evidence to the effect that the respondent took Tyler with him in his car to various points along the Ottawa River, during which time Tyler's father was unable to locate or contact Tyler, not knowing his whereabouts. Thus, there was evidence which indicated that the respondent had taken Tyler out of the ambit of his father's control with the result being that Tyler's father was unable to exercise control over Tyler during the period in which he was missing.

4. The consequence of deprivation of possession must have been intended by the accused in the sense that he or she subjectively desired to deprive the child's parents of possession through the taking or foresaw such a consequence as a certain or substantially certain result from the taking which was done for some other purpose.

There is evidence of the following: the respondent explained to Tyler's father, as a purpose for the taking, his intention to take pictures of Tyler to give to Tyler's parents; prior to leaving the

d'entraîner Tyler priverait certainement ou presque certainement les parents de Tyler de leur capacité d'exercer leur contrôle sur Tyler, c'est-à-dire les priverait de la possession de Tyler, alors âgé de huit ans, un enfant au sens de l'art. 281 du *Code*.

La preuve portant sur chaque élément essentiel de l'infraction est la suivante:

1. L'accusé n'est ni le père, ni la mère, ni le tuteur, ni une personne ayant la garde ou la charge légale de la personne âgée de moins de quatorze ans.

Non contestée.

2. L'âge de l'enfant.

Non contestée.

3. L'accusé a enlevé, entraîné, retenu, reçu, caché ou hébergé l'enfant, privant ainsi la personne ayant la garde de cet enfant de la capacité d'exercer un contrôle physique sur lui.

Il y a une preuve du fait que l'intimé a emmené Tyler dans son automobile à divers endroits le long de la rivière des Outaouais. Pendant ce temps, le père de Tyler était incapable de retrouver Tyler ou de communiquer avec lui puisqu'il ignorait où il se trouvait. Il y a donc une preuve indiquant que l'intimé a soustrait Tyler au contrôle de son père qui, par conséquent, était incapable d'exercer son contrôle sur Tyler pendant la période où il a disparu.

4. La conséquence de la privation de la possession devait être dans l'intention de l'accusé en ce sens qu'il souhaitait subjectivement priver les parents de l'enfant de la possession de celui-ci en commettant l'enlèvement, ou qu'il avait prévu que l'enlèvement entraînerait certainement ou presque certainement cette privation, l'enlèvement ayant été commis pour d'autres mobiles.

Voici ce qui ressort de la preuve: l'intimé a expliqué au père de Tyler qu'il avait enlevé l'enfant dans l'intention de prendre des photos de lui pour ensuite les donner aux parents; avant de

school yard the other boys objected to Tyler going with the respondent but nevertheless the respondent took Tyler, refusing to tell the other boys where they were going; the respondent took Tyler some 2.9 km away from the school yard in his car; and Tyler's father did not know of Tyler's whereabouts for approximately 30 to 90 minutes. Thus, there was some evidence, and the evidence *in toto*, from which a reasonably instructed trier of fact could infer that the respondent, by taking in his car a child, whose parents he did not know, 2.9 km away from the school yard where the child was playing, would have foreseen that the substantially certain result of this taking would be to deprive that child's parents of possession of that child.

Had that evidence been assessed in light of the proper test for a directed verdict as well as the correct interpretation of the expressions "unlawfully" and "with intent to" in s. 281 of the *Code*, the motion for a directed verdict should have been dismissed.

V. Disposition

Given the proper interpretation of s. 281 of the *Criminal Code* and the evidence adduced, the trial judge erred in granting the motion for a directed verdict and the Court of Appeal should have allowed the appeal. Accordingly, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Addelman, Edelson & Meagher, Ottawa.

quitter la cour d'école, les autres garçons se sont opposés à ce que Tyler parte avec l'intimé. Ce dernier a néanmoins enlevé Tyler en refusant de dire aux autres garçons où il se rendait; l'intimé a emmené Tyler à 2,9 km de la cour d'école dans son automobile; et le père de Tyler ignorait l'endroit où se trouvait Tyler pendant environ 30 à 90 minutes. Par conséquent, il y a une preuve, et la preuve *in toto*, grâce à laquelle un juge des faits ayant reçu des directives raisonnables pouvait inférer qu'en emmenant l'enfant dans son auto à 2,9 km de la cour d'école où l'enfant jouait, l'intimé, qui ne connaissait pas les parents de ce dernier, avait prévu que son enlèvement aurait certainement ou presque certainement pour effet de priver les parents de la possession de cet enfant.

Si cette preuve avait été appréciée à la lumière du critère applicable au verdict imposé et de la juste interprétation des expressions «*unlawfully*» (illégalement) et «avec l'intention» de l'art. 281 du *Code*, la requête visant à ce qu'un verdict soit imposé aurait été rejetée.

V. Dispositif

Selon une interprétation correcte de l'art. 281 du *Code criminel* et vu la preuve au dossier, le juge du procès a commis une erreur en accueillant la requête visant à obtenir un verdict imposé et la Cour d'appel aurait dû accueillir l'appel. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Addelman, Edelson & Meagher, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1994 Vol. 2

and Tables

**Cited as [1994] 2 S.C.R. { i-xliv
899-1033**

6^e cahier, 1994 Vol. 2

et Tables

**Renvoi [1994] 2 R.C.S. { i-xliv
899-1033**

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xi
Table of Cases Cited	xix
Statutes and Regulations Cited	xxxiii
Authors Cited	xxxix
Index	1019

R. v. C. (T.L.)..... 1012

Criminal law — Young offenders — Appeal to Supreme Court of Canada — Young offender found guilty of two indictable offences — Court of Appeal dismissing young offender's appeal with one judge dissenting — Young offender appealing to Supreme Court as of right — Whether appeal as of right lies

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xix
Lois et règlements cités	xxxvii
Doctrine citée	xxxix
Index	1027

R. c. C. (T.L.)..... 1012

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Appel à la Cour suprême du Canada — Jeune contrevenant déclaré coupable de deux actes criminels — Appel du jeune contrevenant rejeté par la Cour d'appel, un des juges étant dissident — Appel de plein droit du jeune contrevenant à la Cour suprême — Peut-il y

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to Supreme Court — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 27(1), (5).

R. v. Moyer 899

Criminal law — Indignity to human remains — Photographs taken at identifiable grave sites of human remains — Photographs featuring skinhead wearing neo-Nazi symbols and simulating urinating on monument in Jewish cemetery — Accused choreographing photo shoot and providing props — Whether 'offering indignities' requires physical contact with human remains — Whether indignities can be offered to monuments — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 182(b).

Appeal — Charge — Amendment of charge — Charge as drafted overly broad and capable of encompassing innocent activity — Charge as redrafted not prejudicing accused — Whether or not charge should be amended by this Court — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 683(1)(g), 695(1).

R. v. Tran..... 951

Constitutional law — Charter of Rights — Right to interpreter — Trial — Accused's court-appointed interpreter testifying as defence witness — Interpreter not translating testimony in full but only summarizing evidence — Whether accused's right to assistance of an interpreter breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 14.

R. v. Whittle 914

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Waiver — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines and informed of his right to counsel — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to counsel — Accused indicating that he did not wish to speak to counsel and making additional statements — Accused later exercising his right to counsel but continuing to make statements to police — Whether statements obtained in violation of accused's right to counsel — Whether waiver valid — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines and informed of his right to remain silent — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to remain silent — Accused making additional statements to police despite counsel's advice to remain silent — Whether statements obtained in violation of accused's right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

avoir appel de plein droit devant la Cour suprême? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 27(1), (5).

R. c. Moyer 899

Droit criminel — Indignité envers des restes humains — Photographies prises sur le site de tombes identifiables — Photographies représentant un skinhead portant des symboles nazis et faisant semblant d'uriner sur un monument dans un cimetière juif — Composition des scènes des photos et fourniture des accessoires par l'accusé — La «perpétration d'une indignité» nécessite-t-elle un contact physique avec des restes humains? — Une indignité peut-elle être commise envers des monuments? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 182(b).

Appel — Accusation — Modification de l'acte d'accusation — Acte d'accusation initialement rédigé en termes trop généraux et susceptibles d'inclure une activité tout à fait innocente — Acte d'accusation modifié non susceptible de causer un préjudice à l'accusé — La Cour devrait-elle modifier l'acte d'accusation? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683(1)(g), 695(1).

R. c. Tran..... 951

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un interprète — Procès — Interprète désigné par la cour pour assister l'accusé témoignant pour la défense — Interprète se contentant de résumer le témoignage au lieu de le traduire intégralement — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un interprète? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 14.

R. c. Whittle 914

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé indiquant qu'il ne souhaite pas parler à un avocat et faisant d'autres déclarations — Accusé exerçant par la suite son droit à l'assistance d'un avocat, mais continuant de faire des déclarations à la police — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Y a-t-il eu renonciation valide? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Evidence — Confessions — Voluntariness — Mental state of accused — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines — Accused telling police he wanted to talk and admitting on several occasions he was responsible for a murder and three robberies — Whether accused's statements admissible — Operating mind test.

Criminal law — Appeals — Crown appeal — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and ordering new trial — Supreme Court not precluded from disposing of appeal on question of law alone if Court of Appeal's decision based on mixed law and fact — Court of Appeal having jurisdiction under s. 676(1)(a) of Criminal Code to decide Crown's appeal even if it may have exceeded it.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused's inculpatory statements to police excluded by trial judge — Crown declining to call further available evidence after adverse ruling and accused acquitted — Statements found to have been wrongly excluded on appeal — Court of Appeal concluding that Crown sincerely believed remaining evidence not of sufficient probative force to constitute *prima facie* case against accused — Court of Appeal not erring in applying s. 686(4)(b)(i) of Criminal Code to set aside acquittal and order new trial.

SOMMAIRE (Fin)

troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit de garder le silence — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit de garder le silence — Accusé faisant de nouvelles déclarations à la police malgré le conseil de son avocat de garder le silence — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Preuve — Confessions — Caractère volontaire — État mental de l'accusé — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant à maintes reprises être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Les déclarations de l'accusé sont-elles admissibles? — Critère de l'état d'esprit conscient.

Droit criminel — Appels — Appel du ministère public — Cour d'appel annulant l'acquittement de l'accusé et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Possibilité pour la Cour suprême de trancher un pourvoi en fonction d'une question de droit seulement lorsque l'arrêt de la Cour d'appel repose sur des questions mixtes de droit et de fait — La Cour d'appel était compétente en vertu de l'art. 676(1)a) du Code criminel pour statuer sur le pourvoi du ministère public, même si elle a pu excéder cette compétence.

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Juge du procès écartant les déclarations incriminantes de l'accusé à la police — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve disponibles à la suite de cette décision défavorable et accusé acquitté — Déclarations jugées en appel avoir été écartées à tort — Cour d'appel concluant que le ministère public avait sincèrement cru que les autres éléments de preuve disponibles n'avaient pas une force probante suffisante pour constituer une preuve *prima facie* de la culpabilité de l'accusé — Cour d'appel n'ayant pas commis d'erreur en appliquant l'art. 686(4)b)(i) du Code criminel pour annuler l'acquittement et ordonner la tenue d'un nouveau procès.



1994 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Christine Chartrand, LL.B.

Secretaries
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtiistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Christine Chartrand, LL.B.

Secrétaires
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

[1991] 1 S.C.R. p. 760, line *b*-2 of the French version.
Read “quant à la réponse à donner” instead of “quant
à la réponse donnée”.

[1994] 1 S.C.R. p. 711, line *c*-3 and at p. 719, line *b*-2 of
the English version. Read “(dissenting)” instead of
“(dissenting in part)”.

[1994] 1 S.C.R. p. 711, line *c*-4 and at p. 719, line *b*-2 of
the French version. Read “(dissidents)” instead of
“(dissidents en partie)”.

[1991] 1 R.C.S. p. 760, ligne *b*-2 de la version française.
Lire «quant à la réponse à donner» au lieu de «quant à
la réponse donnée».

[1994] 1 R.C.S. p. 711, ligne *c*-3 et à la p. 719, ligne *b*-2
de la version anglaise. Lire «(dissenting)» au lieu de
«(dissenting in part)».

[1994] 1 R.C.S. p. 711, ligne *c*-4 et à la p. 719, ligne *b*-2
de la version française. Lire «(dissidents)» au lieu de
«(dissidents en partie)».

MOTIONS — REQUÊTES

(May 1 to August 31, 1994 — 1^{er} mai au 31 août 1994)

- 146919 Canada Ltd. v. Sherwin* (Ont.), 23559, leave to appeal refused with costs, 16.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 2108496 Manitoba Ltd. v. The Assessor for the City of Winnipeg* (Man.), 23999, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 332415 Alberta Ltd. v. Edmonton Oilers Hockey Corporation* (Alta.), 23994, notice of discontinuance filed, 17.5.94, avis de désistement produit.
- Alberta Human Rights Commission v. Co-Operators General Insurance Co.* (Alta.), 23951, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allegretti v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24053, leave to appeal refused, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Anderson (Evelyn Ann) v. Anderson* (Man.), 24066, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Anderson (Gordon Neil) v. Regan* (B.C.), 23524, notice of discontinuance filed, 5.7.94, avis de désistement produit.
- Archambault c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24078, leave to appeal refused, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Atlantic Provinces Trucking Association v. Halifax-Dartmouth Bridge Commission* (N.S.), 24051, leave to appeal refused with costs, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General for Ontario v. Franks* (Ont.), 24069, leave to appeal refused with costs, 18.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General for the Province of Ontario v. Pamajewon* (Ont.), 23986, leave to appeal refused with costs, 12.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of British Columbia v. McCallum* (B.C.), 23767, leave to appeal refused with costs, 19.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attridge v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 23926, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Augustma c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24144, leave to appeal refused, 28.7.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Avrith c. Richter, Usher & Vineberg* (Qué.), 24036, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B.C.C. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24062, leave to appeal refused, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Baril v. Liard* (Ont.), 24035, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrys Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (Nfld.), 23877, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bateman v. Doiron* (N.B.), 23980, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bekar v. Bekar* (B.C.), 23971, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bennett v. Superintendent of Brokers* (B.C.), 23979, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Branco v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24060, leave to appeal refused, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée.

- Brown v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24047, leave to appeal refused, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Burton c. City of Verdun* (Qué.), 24105, leave to appeal refused with costs, 21.7.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Association of Regulated Importers v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24025, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Union of Postal Workers v. Canada Labour Relations Board* (F.C.A.)(Ont.), 23989, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canassurance, Compagnie d'Assurance-vie Inc. c. Bourassa* (Qué.), 24090, leave to appeal refused with costs, 19.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chisan v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24032, leave to appeal refused with costs, 9.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Christie MacKay & Co. v. The Queen in right of the province of Manitoba* (Man.), 24063, leave to appeal refused with costs, 30.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie minière Québec Cartier c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 6869* (Qué.), 23960, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Constructions Drumco Inc. c. Canassurance, Compagnie d'Assurance-vie Inc.* (Qué.), 24050, leave to appeal refused with costs, 19.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of London v. Mortimer* (Ont.), 24094, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Stratford v. Large* (Ont.), 24004, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Cross v. Wood* (Man.), 24065, leave to appeal refused with costs, 4.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Delorey v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24030, leave to appeal refused, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Dilling v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23759, leave to appeal refused, 16.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Dishan v. Dishan* (Alta.), 23937, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- District of Chilliwack v. Jespersen's Brake & Muffler Ltd.* (B.C.), 24104, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Doman v. Superintendent of Brokers* (B.C.), 23938, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Doman v. Superintendent of Brokers* (B.C.), 23979, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dompierre c. Provost* (Qué.), 24049, leave to appeal refused with costs, 30.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubé c. Ville de Hull* (Qué.), 24112, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dunn v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24041, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Dupuy c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24088, leave to appeal refused, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Edwards v. Solicitor General of Ontario* (Ont.), 23932, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Elliot v. Elliot* (F.C.A.)(Ont.), 23896, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Employers Insurance of Wausau v. Burns* (Ont.), 24054, leave to appeal refused with costs, 23.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Engerdahl v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23758, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.

Fabrikant c. The Queen (Crim.)(Qué.), 23795, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.

Fadelle v. The Queen (Crim.)(N.S.), 24046, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.

Fiqia v. The Queen (Crim.)(Alta.), 23945, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.

Floyd c. Attorney General of Canada (C.A.F.)(Qué.), 24018, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Foyer de Val d'Or Inc. c. Syndicat des employés du Foyer de Val d'Or Inc. (Qué.), 23998, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gaulin c. Centre des services sociaux de la Gaspésie et des Îles de la Madeleine (Qué.), 23793, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hammou c. Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (C.A.F.)(Qué.), 23990, leave to appeal refused with costs, 16.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Hanson v. The Queen (Crim.)(Ont.), 24037, leave to appeal refused, 26.5.94, autorisation de pourvoi refusée.

Harvey v. Attorney General for New Brunswick (N.B.), 23968, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.

Harvey v. The Queen (Crim.)(N.B.), 23894, leave to appeal refused, 19.5.94, autorisation de pourvoi refusée.

Heggie v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 24023, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Helo Enterprises Ltd. v. Ernst & Young Inc. (B.C.), 23924, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.

Hunt v. The Queen (Crim.)(Man.), 23845, leave to appeal refused, 23.6.94, autorisation de pourvoi refusée.

Insurance Corporation of British Columbia v. Petersen (B.C.), 23961, leave to appeal refused with costs, 16.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

International Association of Machinists and Aerospace Workers, District Lodge No. 692 v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2736 (B.C.), 24039, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

International Lottery Distributors Inc. v. Government of Manitoba (Man.), 23958, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

International Lottery Distributors Inc. v. Government of Manitoba (Man.), 24100, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Johnstone v. The Queen (Ont.), 23996, leave to appeal refused, 12.5.94, autorisation de pourvoi refusée.

Kean c. La Reine (Crim.)(Qué.), 23957, leave to appeal refused, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée.

Kettle River Sawills Ltd. v. The Queen (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 23944, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Khan v. The Queen (Crim.)(Ont.), 23947, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.

Kibale c. La Reine (C.A.F.)(Ont.), 24082, leave to appeal refused with costs, 23.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kinsella v. Solicitor General of Canada (Crim.)(Ont.), 24014, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.

Kreuzer v. The Queen (Crim.)(Alta.), 24067, leave to appeal refused, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée.

Kumar v. The Queen (Crim.)(B.C.), 23975, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.

L.D. c. G.R. (Qué.), 24033, leave to appeal refused with costs, 9.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lakeview National Hotels Inc. v. Assessor for the City of Winnipeg (Man.), 23999, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Lelièvre c. Centre communautaire juridique du Bas St-Laurent Gaspésie* (Qué.), 24124, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leung v. Alberta Union of Provincial Employees* (Alta.), 24029, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Loubier c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23969, leave to appeal refused, 19.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- MacCulloch v. Price Waterhouse Ltd.* (N.S.), 23652, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacMillan Bloedel Ltd. v. Youell* (B.C.), 23899, leave to appeal refused with costs, 16.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mainland Sand & Gravel Ltd. v. Tutinka* (B.C.), 24003, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mangion v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24061, leave to appeal refused, 23.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Manship Holdings Ltd. v. Muise* (N.B.), 23941, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manufacturers Life Insurance Co. v. Marystown Shipyard Ltd.* (Nfld.), 23901, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Martin & Stewart Inc. v. Superintendent of Pensions (Nova Scotia)* (N.S.), 24021, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McCain Foods Ltd. v. National Transportation Agency* (F.C.A.)(N.B.), 23318, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- McCarten v. Government of Prince Edward Island* (P.E.I.), 24098, leave to appeal refused with costs, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Midland Seafoods Inc. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24045, leave to appeal refused, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Milad v. Milad* (Ont.), 23976, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Milk Board v. Grisnich* (B.C.), 23927, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Millstream Enterprises Ltd. v. Corporation of the City of New Westminster* (B.C.), 23959, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moisescu c. Garmaise* (Qué.), 23949, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morley v. Kalaka Housing Co-Operative Ltd.* (Alta.), 23997, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nagra v. Secretary of State of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24097, the application for leave to appeal is quashed, 30.6.94, la demande d'autorisation d'appel est annulée.
- National Hockey League Pension Society v. Bathgate* (Ont.), 24095, leave to appeal refused, 28.7.94, autorisation de pourvoi refusée.
- No. 100 Sail View Ventures Ltd. v. Janwest Equities Ltd.* (B.C.), 23965, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nobert v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23952, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Noppers v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24019, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Omineca Enterprises Ltd. v. Minister of Forests* (B.C.), 23939, leave to appeal refused with costs, 16.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Chrysler (1977) Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24122, leave to appeal refused, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée.

- Partridge v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23995, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Patenaude c. Ville de Saint-Hubert* (Qué.), 24076, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pearson c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 24107, leave to appeal refused, 4.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Professional Institute of the Public Service of Canada v. Senate of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 23934, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quick v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23757, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Quinn v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24075, leave to appeal refused, 9.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. C. A. M.* (Crim.)(B.C.), 24027, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. E. T.* (Crim.)(Ont.), 24022, leave to appeal refused, 26.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Pearson* (Crim.)(Qué.), 24107, leave to appeal refused, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Pontes* (Crim.)(B.C.), 24020, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Thibaudeau* (C.A.F.)(Qué.), 24154, leave to appeal granted, 23.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Ubhi* (Crim.)(B.C.), 24087, leave to appeal refused, 30.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R.B. c. G.F.* (Qué.), 23953, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Regional Assessment Commissioner v. Graham* (Ont.), 23904, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Richardson v. Avery* (B.C.), 24034, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Robinson v. Laushway* (Ont.), 24024, leave to appeal refused with costs, 9.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Bank of Canada v. Mitsui & Co. (Canada) Ltd.* (N.S.), 23914, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Ruffo c. Conseil de la magistrature* (Qué.), 23222, notice of discontinuance filed, 26.8.94, avis de désistement produit.
- SDC Sterling Development Corporation v. Katz* (Ont.), 23897, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saint-Laurent c. Hétu* (Qué.), 23982, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Saskatchewan Power Corporation v. Bighetty* (Man.), 24026, leave to appeal refused with costs, 19.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sequa Chemicals Inc. v. United Color and Chemical Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 24005, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh v. University of Western Ontario* (Ont.), 23883, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sivakumar v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 23962, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Skinner v. The Queen* (Crim.)(Man.), 24007, leave to appeal refused, 19.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- St. Gelais c. United States of America* (Qué.), 24074, leave to appeal refused, 4.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Steinberg Inc. c. Cavendish Shopping Center Co.* (Qué.), 24064, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stingray Holdings Ltd. v. Mortimer* (Ont.), 24094, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques* (Qué.), 24042, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thornbury-Cook v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24052, leave to appeal refused, 9.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Tibando v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24131, leave to appeal refused, 21.7.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Tierney-Hynes v. Hynes* (Man.), 23930, leave to appeal refused, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Triple Five Corporation Ltd. v. Walt Disney Productions* (Alta.), 24125, leave to appeal refused with costs, 11.8.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vezina v. CTV Television Network* (Ont.), 23881, leave to appeal refused with costs, 5.5.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vigeant c. Langlois* (Qué.), 24016/17, leave to appeal refused, 16.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Vout v. Hay* (Ont.), 24009, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Waddell v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 23925, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Walker (Elizabeth Rebecca) v. Bank of New York Inc.* (Ont.), 24057, leave to appeal refused, 25.8.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Walker (Thomas P.) v. Government of Prince Edward Island* (P.E.I.), 23861, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Webster v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 23948, notice of discontinuance filed, 4.5.94, avis de désistement produit.
- Wijesinha v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24015, leave to appeal granted, 2.6.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Winder v. Review Panel under Mental Health Act* (B.C.), 24080, leave to appeal refused, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Young v. The Queen in right of Newfoundland* (Nfld.), 23893, leave to appeal refused with costs, 2.6.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		B	
Air Products Canada Ltd., Schmidt v.	611	Bergevin, Commission scolaire régionale de Chambly v.	525
Antosko, Canada v.	312	Bilodeau v. Boutin	7
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Boersma, R. v.	488
		Boutin v. Distributions C.L.B. Inc.	7
		Boutin, Bilodeau v.	7
		British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); <i>An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)</i>	41
		British Columbia (Superintendent of Brokers), Pezim v.	557
C		D	
143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)	339	Distributions C.L.B. Inc., Boutin v.	7
143471 Canada Inc., Quebec (Minister of Reve- nue) v.	339		
C. (T.L.), R. v.	1012	E	
Canada v. Antosko	312	Ellscheid, Zeitel v.	142
Canada (Attorney General); <i>An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)</i> , British Columbia (Attorney General) v.	41	F	
Canada, Reza v.	394	François, R. v.	827
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M.(C.).....	165	G	
		Giesbrecht, R. v.	482
		Godin, R. v.	484
		H	
		H. (D.S.) and N. (J.D.), R. v.	392
		Howard, R. v.	299

	PAGE		PAGE
J		R	
Jack, R. v.	310	R. v. Boersma.....	488
Jones, R. v.	229	R. v. C. (T.L.)	1012
		R. v. Chartrand.....	864
M		R. v. Clemente.....	758
M.(C.), Catholic Children's Aid Society of Metro-		R. v. François	827
politan Toronto v.	165	R. v. Giesbrecht.....	482
M. (M.L.), R. v.	3	R. v. Godin.....	484
Maritime Life Assurance Co., Saskatchewan Riv-		R. v. H. (D.S.) and N. (J.D.).....	392
er Bungalows Ltd. v.	490	R. v. Howard.....	299
Marzetti v. Marzetti.....	765	R. v. Jack.....	310
McIntyre, R. v.	480	R. v. Jones.....	229
Minister see also "Canada" or the name of prov-		R. v. M. (M.L.)	3
ince		R. v. McIntyre	480
Mohan, R. v.	9	R. v. Mohan.....	9
Moyer, R. v.	899	R. v. Moyer.....	899
		R. v. Oommen.....	507
O		R. v. Potash.....	406
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Richer.....	486
Oommen, R. v.	507	R. v. Roblin.....	463
		R. v. Rowbotham	463
P		R. v. Sélection Milton.....	406
Pezim v. British Columbia (Superintendent of		R. v. Stellato.....	478
Brokers).....	557	R. v. Tran.....	951
Potash, Comité paritaire de l'industrie de la che-		R. v. Whittle.....	914
mise v.	406	R. v. Zazulak.....	5
Potash, R. v.	406	Reference re Quebec Sales Tax.....	715
		Richer, R. v.	486
Q		Reza v. Canada.....	394
Quebec (Attorney General), 143471 Canada Inc.		Roblin, R. v.	463
v.	339	Rowbotham, R. v.	463
Quebec (Attorney General), Tabah v.	339		
Quebec (Minister of Revenue) v. 143471 Canada		S	
Inc.	339	Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime	
Quebec (Minister of Revenue) v. Tabah.....	339	Life Assurance Co.	490
Queen see also "R."		Schmidt v. Air Products Canada Ltd.	611
		Sélection Milton, Comité paritaire de l'industrie	
		de la chemise v.	406
		Sélection Milton, R. v.	406
		Stellato, R. v.	478
		Syndicat de l'enseignement de Champlain v.	
		Commission scolaire régionale de Chambly	525

	PAGE		PAGE
T		W	
Tabah v. Quebec (Minister of Revenue).....	339	Willmor Discount Corp. v. Vaudreuil (City)	210
Tabah v. Quebec (Attorney General)	339	Whittle, R. v.	914
Tataryn v. Tataryn Estate	807		
The Queen see also "R."		Z	
Tran, R. v.	951	Zazulak, R. v.	5
		Zeitel v. Ellscheid	142
U			
Union see also under abbreviated name			
V			
Vaudreuil (City), Willmor Discount Corp. v.	210		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique
«Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		D	
Air Products Canada Ltd., Schmidt c.	611	Colombie-Britannique (Superintendent of Bro- kers), Pezim c.	557
Antosko, Canada c.	312	Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash	406
B		Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton.....	406
Bergevin, Commission scolaire régionale de Chambly c.	525	Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin	525
Bilodeau c. Boutin	7	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Boersma, R. c.	488	E	
Boutin c. Bilodeau	7	F	
Boutin c. Distributions C.L.B. Inc.	7	François, R. c.	827
C		G	
143471 Canada Inc., Québec (Ministre du Revenu) c.	339	Giesbrecht, R. c.	482
143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur géné- ral).....	339	Godin, R. c.	484
C. (T.L.), R. c.	1012	H	
Canada c. Antosko	312	H. (D.S.) et N. (J.D.), R. c.	392
Canada (Procureur général); <i>Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver</i> (Re), Colombie-Britannique (Procureur général) c.	41	Howard, R. c.	299
Canada, Reza c.	394		
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.).....	165		
Chambly (Commission scolaire régionale) c. Ber- gevin	525		
Chartrand, R. c.	864		
Clemente, R. c.	758		
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); <i>Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver</i> (Re)	41		

	PAGE		PAGE
J		Québec (Procureur général), Tabah c.	339
Jack R. c.	310	R	
Jones, R. c.	229	Reine voir aussi «R.»	
L		R. c. Boersma	488
La Reine voir aussi «R.»		R. c. C. (T.L.)	1012
M		R. c. Chartrand	864
M.(C.), Catholic Children's Aid Society of Metro-		R. c. Clemente	758
politan Toronto c.	165	R. c. François	827
M. (M.L.), R. c.	3	R. c. Giesbrecht	482
Maritime (La), Compagnie d'assurance-vie, Sas-		R. c. Godin	484
katchewan River Bungalows Ltd. c.	490	R. c. H. (D.S.) et N. (J.D.)	392
Marzetti c. Marzetti	765	R. c. Howard	299
McIntyre, R. c.	480	R. c. Jack	310
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la pro-		R. c. Jones	229
vince		R. c. M. (M.L.)	3
Mohan, R. c.	9	R. c. McIntyre	480
Moyer, R. c.	899	R. c. Mohan	9
O		R. c. Moyer	899
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Oommen	507
Oommen, R. c.	507	R. c. Potash	406
P		R. c. Richer	486
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent		R. c. Roblin	463
of Brokers)	557	R. c. Rowbotham	463
Potash, Comité paritaire de l'industrie de la che-		R. c. Sélection Milton	406
mise c.	406	R. c. Stellato	478
Potash, R. c.	406	R. c. Tran	951
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de		R. c. Whittle	914
la province		R. c. Zazulak	5
Q		Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec	715
Québec (Ministre du Revenu) c. 143471 Canada		Reza c. Canada	394
Inc.	339	Richer, R. c.	486
Québec (Ministre du Revenu) c. Tabah	339	Roblin, R. c.	463
Québec (Procureur général), 143471 Canada Inc.		Rowbotham, R. c.	463
c.	339	S	
		Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Mari-	
		time, Compagnie d'assurance-vie	490
		Schmidt c. Air Products Canada Ltd.	611
		Sélection Milton, Comité paritaire de l'industrie	
		de la chemise c.	406
		Sélection Milton, R. c.	406
		Stellato, R. c.	478
		Syndicat de l'enseignement de Champlain c.	
		Commission scolaire régionale de Chambly	525
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	

	PAGE		PAGE
T		W	
Tabah c. Québec (Ministre du Revenu)	339	Whittle, R. c.	914
Tabah c. Québec (Procureur général)	339	Willmor Discount Corp. c. Vaudreuil (Ville).....	210
Tataryn c. Tataryn Estate	807		
Tran R. c.	951	Z	
		Zazulak, R. c.	5
V		Zeitel c. Ellscheid.....	142
Vaudreuil (Ville), Willmor Discount Corp. c.	210		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy.....	[1983] 1 S.C.R. 403.....	220
Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral).....	[1991] 3 C.F. 533.....	54, 110
Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman.....	[1985] 1 S.C.R. 2.....	376
Air Canada c. Colombie-Britannique.....	[1989] 1 R.C.S. 1161.....	371
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	371
Ali, Re.....	(1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64.....	788
Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District).....	[1993] 4 S.C.R. 371.....	725
Ameublement Jeanne Inc. v. Québec (Procureur général).....	Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-003335-872, April 15, 1987.....	373, 386
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	539
Anguish v. Maritime Life Assurance Co.	(1987), 51 Alta. L.R. (2d) 376.....	501
Arrowhead Metals Ltd. v. Royal Trust Co.	Unreported/Inédit, Pension Commission of Ontario, March 26, 1992.....	640
Askin v. Ontario Hospital Association.....	(1991), 2 O.R. (3d) 641.....	651, 702
Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon.....	[1943] A.C. 550.....	726
Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.....	[1950] A.C. 87.....	58
Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.	[1934] A.C. 45.....	727
Attorney-General for Quebec v. Reed.....	(1884), 10 App. Cas. 141.....	726
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada.....	(1887), 14 S.C.R. 345.....	73
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Cana- da.....	(1889), 14 App. Cas. 295.....	72
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 735.....	118, 134
Attorney-General of Ontario v. Mercer.....	(1883), 8 App. Cas. 767.....	88
Audio Fidelity Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corp.....	624 F.2d 513 (1980).....	701
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	246, 280, 355, 976
B.(R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.....	(1992), 43 R.F.L. (3d) 36.....	193

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Baby Duffell, Martin v. Duffell, Re.....	[1950] S.C.R. 737	193
Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral).....	[1993] 1 C.F. 501	306
Bank of Toronto v. Lambe	(1887), 12 App. Cas. 575	725
Barker v. Westminster Trust Co.	(1941), 57 B.C.R. 21	818
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	357, 380
Bates v. Bates.....	(1981), 9 E.T.R. 235.....	820
Bathgate v. National Hockey League Pension Society	(1992), 11 O.R. (3d) 449.....	640
Bâtiments Fafard Inc. c. R.....	J.E. 90-1187	372
Bay Street West Securities (1983) Inc. v. Alberta Securities Commission.....	(1984), 56 A.R. 19.....	607
Beaton, Re	(1979), 30 C.B.R. (N.S.) 225	788
Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards, Re.....	(1985), 20 D.L.R. (4th) 156	439
Bell v. Roy Estate	(1993), 75 B.C.L.R. (2d) 213	823
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722.....	591
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722.....	591
Bertram S. Miller Ltd. v. R.	[1986] 3 F.C. 291	439
Bertrand, Re.....	[1980] 2 N.Z.L.R. 72.....	794
Bigelow and The Queen	(1982), 69 C.C.C. (2d) 204	880
Brauer v. Hilton.....	(1979), 15 B.C.L.R. 116.....	823
Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. Vanden Avenne-Izegem P.V.B.A.	[1977] 1 Lloyd's Rep. 133.....	472
Brewers and Maltsters' Association v. Attorney-General for Ontario	[1897] A.C. 231	725
Brighten v. Smith	(1926), 37 B.C.R. 518	816
Brochetteirie Tino Inc. v. Québec (Procureur général)	[1989] R.D.F.Q. 98.....	373, 386
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 S.C.R. 279.....	538
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 R.C.S. 279.....	538
Brosseau v. Alberta Securities Commission	[1989] 1 S.C.R. 301.....	592
Brusch v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 373.....	259, 283
Bryant v. International Fruit Products Co.....	793 F.2d 118 (1986)	701
Burrard Power Co. v. The King.....	[1911] A.C. 87	105

C

143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General).....	[1994] 2 S.C.R. 339.....	444
C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.	(1989), 66 O.R. (2d) 535.....	631
C.C.A.S. of Metro. Toronto v. H.(K.).....	(1987), 6 R.F.L. (3d) 1.....	201
C.D. Moyer Co. Trust Fund, In re	441 F.Supp. 1128 (1977).....	701
C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro.....	(1989), 68 O.R. (2d) 620.....	650
Cadieux v. Montreal Gas Co.....	(1898), 28 S.C.R. 382.....	158
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983.....	553
Cairns Construction Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1960] S.C.R. 619	727
Caledonian Railway Co. v. Greenock and Wemyss Bay Railway Co.	(1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347	53
Camara v. Municipal Court of San Francisco	387 U.S. 523 (1967)	450

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Campbell-Renton & Cayley, Re.....	[1960] O.R. 550.....	644, 693
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	553, 590
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1991] 1 S.C.R. 614.....	553
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941.....	537, 552
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 614.....	553
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada.....	[1993] 1 R.C.S. 941.....	537, 552
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.C.S. 554.....	553, 590
Canada Trust Co. and Cantol Ltd., Re.....	(1979), 103 D.L.R. (3d) 109.....	647, 711
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.	[1993] 3 S.C.R. 724.....	552
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatche- wan.....	[1952] 2 S.C.R. 231.....	726
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	537, 590
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto and G. (C.).....	[1986] O.J. No. 1746 (Q.L.).....	197
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 S.C.R. 489.....	539
Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud.....	[1992] 2 S.C.R. 970.....	539
Chabot v. Manitoba Horse Racing Commission.....	[1987] 1 W.W.R. 149.....	439
Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil.....	[1983] 2 C.F. 98.....	120, 140
Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim.....	[1950] 1 K.B. 616.....	502
Children's Aid Society of Halifax v. A. (M.).....	[1986] N.S.J. No. 423.....	197
Children's Aid Society of Ottawa v. G.M.....	(1978), 3 R.F.L. (2d) 226.....	196
Children's Aid Society of Renfrew County v. L.P.W.....	(1989), 32 O.A.C. 394.....	187
Children's Aid Society of Winnipeg v. Frohnen.....	[1975] 2 W.W.R. 27.....	197
Clarkson v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 383.....	254, 293, 927
Collins and Pension Commission of Ontario, Re.....	(1986), 56 O.R. (2d) 274.....	632
Colonnade Catering Corp. v. United States.....	397 U.S. 72 (1970).....	451
Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.....	[1944] S.C.R. 213.....	455
Comité paritaire de l'industrie du meuble c. Métal par Dimension Ltée.....	[1989] R.J.Q. 1442.....	434
Comité pour la République du Canada c. Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	446
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	531
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada.....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	446
Corbett v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 275.....	835
Coupal v. Crispino.....	[1965] Que. Q.B. 189.....	227
Courage Group's Pension Schemes, In re.....	[1987] 1 W.L.R. 495.....	701
Courrier grec du Canada Ltée v. Québec (Procureur général).....	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-002016-895, February 24, 1989.....	387
Courtright v. M.N.R.....	80 D.T.C. 1609.....	320
Cowan v. Cowan Estate.....	(1988), 30 E.T.R. 216.....	823

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)	[1991] 3 F.C. 533	54, 110
Cuisines Multiform internationales Inc. v. Angers	[1992] R.D.F.Q. 126	387

D

Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.	[1980] 1 S.C.R. 1182	779
Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.	[1991] 2 All E.R. 563	649, 701
Dawson Estate, Re	(1945), 61 B.C.R. 481	818
Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada	[1993] 2 R.C.S. 230	552
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada	[1993] 2 S.C.R. 230	552
Dersch c. Canada (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1505	886
Dersch v. Canada (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1505	886
Devine c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 790	460, 538
Devine v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 790	460, 538
Director of Public Prosecutions v. Jordan	[1977] A.C. 699	24
Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)	[1993] 2 S.C.R. 756	552, 590
Donovan v. Dewey	452 U.S. 594 (1981)	451
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	254, 976
Duplisea v. T. Eaton Life Assurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 144	501

E

Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)	[1993] 1 F.C. 501	306
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	347, 362, 445
Edwards v. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	86
Électro Marine Diesel Inc. v. Québec (Procureur général)	[1992] R.D.F.Q. 125	387
Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Attorney-General for Brit- ish Columbia	[1948] S.C.R. 403	58
Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Treat	(1919), 48 D.L.R. 139	79
Estelle v. Smith	451 U.S. 454 (1981)	273
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	362
États-Unis d'Amérique c. Shephard	[1977] 2 R.C.S. 1067	474, 895

F

Fafard Buildings System Inc. v. R.	J.E. 90-1187	372
Federal Business Development Bank v. Steinbock Development Corp.	(1983), 42 A.R. 231	499
Federal Commissioner of Taxation v. Official Receiver	(1956), 95 C.L.R. 300	779
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	436, 538
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	436, 538
Forget c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 90	538
Forget v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 90	538
Four Star Mgmt. Ltd. v. B.C. Securities Comm.	(1990), 46 B.C.L.R. (2d) 195	595

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316.....	552, 591
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	376, 404
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3.....	376, 404

G

G. (A.) v. C.C.A.S., Metro Toronto	[1990] W.D.F.L. 1222	202
Genereux and Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, Re.....	(1985), 53 O.R. (2d) 163.....	186
Giroux, Re	(1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245	788
Godinez v. Moran	113 S.Ct. 2680 (1993)	940
Gooderham and Worts, Ltd. v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1947] A.C. 66	307
Gordon Capital Corp. v. Ontario Securities Commission.....	(1991), 14 O.S.C.B. 2713.....	595
Goulet, Re.....	(1977), 24 C.B.R. (N.S.) 222	779
Granfield v. Williams.....	(1981), 29 B.C.L.R. 150.....	818
Groupe Shakiba Inc. v. Québec (Procureur général).....	[1993] R.D.F.Q. 70.....	387
Guillaume v. Stirton	(1978), 88 D.L.R. (3d) 191	502

H

Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton.....	[1982] 1 All E.R. 1042.....	376
Hall, Re.....	(1923), 33 B.C.R. 241	816
Harding, Re	[1973] 6 W.W.R. 229	818
Harris v. Robert Simpson Co.	[1985] 1 W.W.R. 319	669
Hartley v. Hymans	[1920] 3 K.B. 475.....	502
Henry v. R.	(1981), 24 C.R. (3d) 261.....	763
Hill v. M.N.R.	81 D.T.C. 167	20
Hockin v. Bank of British Columbia	(1990), 71 D.L.R. (4th) 11	640, 693
Hoffer, Re	(1980), 34 C.B.R. (N.S.) 222	789
Holwell Securities Ltd. v. Hughes	[1974] 1 All E.R. 161.....	497
Hornett Estate, Re	(1962), 38 W.W.R. 385.....	818
Horvath v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 376.....	935
Hughes v. The Queen	91 D.T.C. 5290	783
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145.....	357, 417, 430, 961
Husain v. M.N.R.	91 D.T.C. 278	333

I

Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599.....	934
Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada	[1991] 1 C.F. 129	89
Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde.....	[1952] 2 S.C.R. 109.....	778

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
J		
Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council	[1983] 2 F.C. 98	120, 140
Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)	(1990), 75 O.R. (2d) 558.....	434
Johnston v. Dominion of Canada Guarantee and Accident Insurance Co	(1908), 17 O.L.R. 462	505
K		
Karavos v. City of Toronto.....	[1948] O.W.N. 17	127
Katz v. United States	389 U.S. 347 (1967).....	450
Kellaway, Re	(1977), 24 C.B.R. (N.S.) 14	789
Kelliher (Village of) v. Smith.....	[1931] S.C.R. 672	23
Kelner v. Baxter	(1866), L.R. 2 C.P. 174.....	113
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729.....	1014
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	347
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87.....	193
King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust	(1986), 13 O.A.C. 305.....	635
Kirton and Frolak, Re	[1973] 2 O.R. 185.....	152, 161
Kolnberger v. The Queen	[1969] S.C.R. 213	835, 847
Korponay c. Procureur général du Canada.....	[1982] 1 R.C.S. 41.....	996
Korponay v. Attorney General of Canada	[1982] 1 S.C.R. 41.....	996
Kourtessis v. M.N.R.....	[1993] 2 S.C.R. 53.....	357, 405
Kunnath v. The State	[1993] 4 All E.R. 30.....	966
L		
L.(K.) v. C.A.S., Stormont, Dundas and Glengarry	(1988), 12 R.F.L. (3d) 76.....	194
Laiterie Perrette Ltée c. Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district	[1988] R.J.Q. 76	455
Langille v. Children's Aid Society of Halifax.....	Unreported/Inédit, Nova Scotia Court of Appeal, June 18, 1993	204
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	976
Lewis v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 821.....	891
Liscumb v. Provenzano.....	(1985), 51 O.R. (2d) 129.....	504
Livingston, Re	(1922), 31 B.C.R. 468	816
Lowery v. The Queen	[1974] A.C. 85	27
Lyons v. Smart	(1908), 6 C.L.R. 143	886
M		
M.M. v. B.M.	(1982), 37 O.R. (2d) 716.....	187
M'Naghten's Case	(1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718.....	517
MacDonald c. Ville de Montréal	[1986] 1 R.C.S. 460.....	963
MacDonald v. City of Montreal	[1986] 1 S.C.R. 460.....	963
Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.	[1900] 2 Ch. 352	54

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 110.....	351, 376, 404
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 110.....	351, 376, 404
Marchischuk v. Dominion Industrial Supplies Ltd.	[1991] 2 S.C.R. 61.....	499
Marcoux v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 763.....	252
Marquis v. Lussier.....	[1960] S.C.R. 442.....	225
Marshall v. Barlow's Inc.	436 U.S. 307 (1978).....	451
Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba.....	(1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249.....	649
Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu).....	[1988] 2 R.C.S. 175.....	327
Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue).....	[1988] 2 S.C.R. 175.....	327
Maurer v. McMaster University	(1991), 4 O.R. (3d) 139.....	652, 702
Maynard v. Maynard.....	[1951] S.C.R. 346.....	403
McClurg v. Canada	[1990] 3 S.C.R. 1020.....	321
McCullough, Re	(1984), 52 C.B.R. (N.S.) 313.....	788
McGeachie v. North American Life Assurance Co.	(1893), 20 O.A.R. 187.....	501
McGrath, In Re	[1893] 1 Ch. 143	201
McGregor v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.....	[1907] A.C. 462.....	105
Melville (City of) c. Procureur général du Canada.....	[1982] 2 C.F. 3 (1 ^{re} inst.).....	140
Melville (City of) c. Procureur général du Canada.....	[1983] 2 C.F. 123	120
Melville (City of) v. Attorney General of Canada.....	[1982] 2 F.C. 3 (T.D.).....	140
Melville (City of) v. Attorney General of Canada.....	[1983] 2 F.C. 123	120
Meunier v. The Queen	(1965), 48 C.R. 14.....	992
Mezzo v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 802.....	896
Michalson Estate, Re.....	[1973] 1 W.W.R. 560.....	818
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863.....	401
Mitchell and Jewell Ltd. v. Canadian Pacific Express Co.....	[1974] 3 W.W.R. 259	499
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	801, 822
Montreal Street Railway Co. v. Normandin.....	[1917] A.C. 170.....	122, 137
Moore and The Queen, Re	(1984), 10 C.C.C. (3d) 306.....	295
Moores and Feldstein, Re.....	(1973), 12 R.F.L. 273	201
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	884
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	21
Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent	[1967] Que. Q.B. 239.....	158
Munich Reinsurance Co. (Canada Branch) v. M.N.R.....	91 D.T.C. 1137	782
Murphy v. McSorley	[1929] S.C.R. 542.....	706

N

Nagotcha v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 714.....	936
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	553, 593
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	553, 593
Negron v. New York.....	434 F.2d 386 (1970).....	969
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.).....	[1988] 1 S.C.R. 1073.....	203
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G. and S.A.	(1989), 100 N.B.R. (2d) 357.....	204

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)	[1988] 1 R.C.S. 1073.....	202
New York v. Burger.....	482 U.S. 691 (1987).....	451
Northern Life Assurance Co. of Canada v. Reiersen.....	[1977] 1 S.C.R. 390.....	501
Northward Airlines Ltd., Re.....	(1981), 37 C.B.R. (N.S.) 137	777
Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)	(1992), 41 R.F.L. (3d) 321.....	186
Nulty v. Nulty Estate	(1989), 41 B.C.L.R. (2d) 343.....	823
O		
O'Neill v. Canadian International Paper Co.....	[1973] S.C.R. 802.....	226
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation.....	[1991] 2 S.C.R. 570.....	307
Ontario Chrysler (1977) Ltd. v. Ontario (Director of the Consumer Protection Division of the Ministry of Consumer & Commercial Relations)	(1990), 67 D.L.R. (4th) 148	433
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	531
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation	[1991] 2 R.C.S. 570.....	307
Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa	[1945] S.C.R. 105	53, 108
P		
Pacific Coast Coin Exchange c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario	[1978] 2 R.C.S. 112.....	595
Pacific Coast Coin Exchange v. Ontario Securities Commission....	[1978] 2 S.C.R. 112.....	595
Pacific Investments Ltd. v. Delano	(1983), 57 N.S.R. (2d) 427	128
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759.....	185
Paul v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 621.....	158
Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1989), 69 O.R. (2d) 253.....	403
People v. Aguilar.....	677 P.2d 1198 (1984).....	986
Peter v. Beblow	[1993] 1 S.C.R. 980.....	821
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834.....	821
Pollock v. Castrovinci.....	476 F.Supp. 606 (1979).....	701
Price v. Lypchuk Estate	(1987), 11 B.C.L.R. (2d) 371.....	818
Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.	[1991] 1 F.C. 129	89
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 735.....	118, 134
Q		
Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C.	[1986] 2 S.C.R. 327.....	423, 455
Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. C.T.C.U.M.	[1986] 2 R.C.S. 327.....	423, 455
Queen in Right of Canada (The) v. The Queen in Right of Prince Edward Island	[1978] 1 F.C. 533	72
Queen (The) v. Sommerville	[1974] S.C.R. 387	158

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Queen (The) v. The Judge of the City of London Court.....	[1892] 1 Q.B. 273.....	158
R		
R. c. C. (R.).....	[1993] 2 S.C.R. 226.....	836
R. ex rel. Anderson v. Buchanan	(1909), 44 N.S.R. 112	123
R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. v. New Westminster (City)....	(1964), 50 W.W.R. 465.....	128
R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24.....	20
R. v. Allsop	(1976), 64 Cr. App. R. 29.....	890
R. v. Amway Corp.	[1989] 1 S.C.R. 21.....	254
R. v. B.(G.).....	[1990] 2 S.C.R. 30.....	20
R. v. Banas and Haverkamp	(1982), 65 C.C.C. (2d) 224	930
R. v. Barrow	[1987] 2 S.C.R. 694.....	971
R. v. Béland.....	[1987] 2 S.C.R. 398.....	21
R. v. Bichel.....	[1986] 5 W.W.R. 261	440
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	962
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	255, 273
R. v. Bourguignon	[1991] O.J. No. 2670 (Q.L.)	22
R. v. Boyer	[1969] 1 C.C.C. 106.....	468
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	253, 272, 481
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	256
R. v. Buzzanga and Durocher.....	(1979), 49 C.C.C. (2d) 369	889
R. v. C. (M.H.).....	[1991] 1 S.C.R. 763.....	19
R. v. Chard	(1971), 56 Cr. App. R. 268.....	27
R. v. Charlesworth	(1861), 31 L.J.M.C. 25	471
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	287, 514, 932
R. v. Chevrier.....	(1992), 49 Q.A.C. 37.....	838
R. v. Chrétien	(1989), 70 C.R. (3d) 43.....	475
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20.....	416, 438
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	254
R. v. Connolly	(1894), 25 O.R. 151.....	886
R. v. Cook	(1984), 12 C.C.C. (3d) 471	877
R. v. Creighton.....	[1993] 3 S.C.R. 3.....	485, 886
R. v. Darnell and Newstead.....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 220.....	838
R. v. Dersch.....	[1993] 3 S.C.R. 768.....	438
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	485, 885
R. v. Dymment.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	361, 416, 438
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	977
R. v. Elder	(1978), 40 C.C.C. (2d) 122.....	894
R. v. Enkirch	(1982), 1 C.C.C. (3d) 165	883
R. v. Evans	[1991] 1 S.C.R. 869.....	947, 997
R. v. Falvo.....	(1972), 11 C.C.C. (2d) 378	879
R. v. Fitton	[1956] S.C.R. 958.....	934
R. v. French.....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 201	17
R. v. Furtney.....	[1991] 3 S.C.R. 89.....	115
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	259, 292

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Garfinkle.....	(1992), 15 C.R. (4th) 254.....	36
R. v. Garofoli.....	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	886
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259.....	347
R. v. Green	(1989), 89 N.S.R. (2d) 16	891
R. v. Grimba.....	(1980), 56 C.C.C. (2d) 570	993
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263.....	977
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	240, 272, 481, 929
R. v. Hertrich.....	(1982), 67 C.C.C. (2d) 510	971
R. v. Hijazi	(1974), 20 C.C.C. (2d) 183	970
R. v. Horsford	(1981), 62 C.C.C. (2d) 478	879
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621.....	438
R. v. J.M.G.	(1986), 29 C.C.C. (3d) 455	441
R. v. Jans	(1946), 87 C.C.C. 76	468
R. v. Johnson.....	(1984), 65 N.S.R. (2d) 54	891
R. v. Johnson.....	(1993), 12 O.R. (3d) 340.....	835, 847
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	446, 890
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531.....	483
R. v. Kosowan.....	(1980), 54 C.C.C. (2d) 571	879
R. v. Kwok Leung.....	(1909), 4 Hong Kong L.R. 161	964
R. v. L.L.	[1986] O.J. No. 1954 (QL)	988
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257.....	438
R. v. Lafferty	[1993] N.W.T.J. No. 17 (Q.L.)	23
R. v. Langevin.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 336	271
R. v. Lapointe and Sicotte.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 366	938
R. v. Lapointe and Sicotte.....	[1987] 1 S.C.R. 1253.....	938
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852.....	17
R. v. Lee Kun.....	[1916] 1 K.B. 337.....	964
R. v. Leech	(1972), 10 C.C.C. (2d) 149	894
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	293
R. v. Lupien.....	[1970] S.C.R. 263	17
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	261, 273, 320
R. v. MacKinlay	(1986), 28 C.C.C. (3d) 306	891
R. v. Manktelow	(1853), 6 Cox C.C. 143.....	888
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223.....	25
R. v. McCraw.....	[1991] 3 S.C.R. 72.....	762
R. v. McDougall.....	(1990), 1 O.R. (3d) 247.....	888
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627.....	352, 377, 416, 433
R. v. McMillan	(1975), 23 C.C.C. (2d) 160	17
R. v. McNamara (No. 1).....	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193	27
R. v. Meddoui.....	[1990] A.J. No. 455	888
R. v. Meddoui.....	[1991] 3 S.C.R. 320.....	888
R. v. Melaragni.....	(1992), 73 C.C.C. (3d) 348	21
R. v. Monteleone.....	[1987] 2 S.C.R. 154.....	896
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	25
R. v. Nygaard	[1989] 2 S.C.R. 1074.....	886
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103.....	263

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175.....	890
R. v. Patterson	(1930), 55 C.C.C. 218	886
R. v. Petropoulos.....	(1990), 59 C.C.C. (3d) 393	891
R. v. Petrovic.....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 416	984
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281.....	438
R. v. Porter	(1933), 55 C.L.R. 182	519
R. v. Potvin.....	[1993] 2 S.C.R. 880.....	280
R. v. Power.....	[1994] 1 S.C.R. 601.....	950
R. v. Price.....	[1993] 3 S.C.R. 633.....	186
R. v. Quesnel.....	(1985), 24 C.C.C. (3d) 78	439
R. v. Quon	[1948] S.C.R. 508.....	158
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	976
R. v. Reale.....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 345	963
R. v. Robertson.....	(1975), 21 C.C.C. (2d) 385	17
R. v. Robinson.....	[1948] O.R. 857	886
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3.....	255
R. v. Rousseau.....	[1982] C.S. 461.....	891
R. v. Sam.....	[1993] Y.J. No. 233 (QL)	891
R. v. Santinon.....	(1973), 11 C.C.C. (2d) 121	936
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	446
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495.....	255
R. v. Sioui.....	[1990] 1 S.C.R. 1025.....	306
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915.....	483
R. v. Steane	[1947] K.B. 997	894
R. v. Steele	(1939), 73 C.C.C. 147	468
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326.....	310
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480.....	185
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	247
R. v. Tabrizi.....	[1992] O.J. No. 1383 (QL)	982
R. v. Taylor.....	(1986), 31 C.C.C. (3d) 1	17
R. v. Taylor.....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 551	933
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613.....	928
R. v. Tsang.....	(1985), 27 C.C.C. (3d) 365	982
R. v. Turner	[1975] Q.B. 834.....	24
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	246
R. v. Van Herk	(1984), 12 C.C.C. (3d) 359	879
R. v. Vandale	Unreported/Inédit, B.C.C.A., Victoria CA18/84, October 31, 1984	273
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	836, 849
R. v. Wasyl Kapij.....	(1905), 1 W.L.R. 130	883
R. v. Whitty	(1977), 12 Nfld. & P.E.I.R. 361	891
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154... 288, 347, 362, 377, 446	
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541.....	261, 281
R. v. Yebees	[1987] 2 S.C.R. 168.....	835, 849
Racine v. Woods	[1983] 2 S.C.R. 173.....	193
Reeve and Montreal Trust Co. of Canada, Re	(1986), 53 O.R. (2d) 595.....	631, 693, 702

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House	[1980] 1 S.C.R. 54.....	92
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	246, 280, 355, 976
Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway	<i>B.C. Gazette</i> , June 19, 1947, at 1885.....	58
Reference Re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445.....	720
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721.....	122
Reference re Resolution to amend the Constitution.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	92
Reine du chef du Canada (La) c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard.....	[1978] 1 C.F. 533	72
Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute	[1980] 1 R.C.S. 54.....	92
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	246, 280, 355, 976
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445.....	720
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721.....	122
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753.....	92
Restaurant le Gourmet grec Inc. v. Séguin.....	[1989] R.D.F.Q. 80	374, 386
Richards v. Person.....	(1982), 34 B.C.L.R. 350.....	820
RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1994] 1 R.C.S. 311.....	357, 376
RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1994] 1 S.C.R. 311.....	357, 376
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232.....	347, 445
Roy v. Hackett.....	(1987), 45 D.L.R. (4th) 415.....	963

S

Sankey v. Whitlam.....	(1978), 142 C.L.R. 1	53
Securities Commission and Mitchell, Re the.....	[1957] O.W.N. 595	607
See v. City of Seattle.....	387 U.S. 541 (1967)	450
Shiloh Spinners Ltd. v. Harding.....	[1973] A.C. 691	504
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	245
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549.....	963
Société nationale de fiducie v. Robitaille	[1983] C.A. 521	223
Sorochan v. Sorochan	[1986] 2 S.C.R. 38.....	821
Stapleton v. The Queen.....	(1952), 86 C.L.R. 358	519
State v. Noble.....	563 P.2d 1153 (1977).....	883
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802.....	181
Stelco Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1990] 1 S.C.R. 617.....	439
Stenhouse v. General Casualty Insurance Co. of Paris	[1934] 3 W.W.R. 564	505
Stigings, Re	(1924), 34 B.C.R. 347	816
Stuart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	321
Sutherland Publishing Co. v. Caxton Publishing Co.	[1938] 1 Ch. 174	158
Swain v. Dennison	[1967] S.C.R. 7.....	813
Swan Hills Emporium & Lumber Co. v. Royal General Insurance Co. of Canada	(1977), 2 A.R. 63.....	505
Symes v. Canada.....	[1993] 4 S.C.R. 695.....	327
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	537, 590

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail	[1984] 2 R.C.S. 412.....	537
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board	[1984] 2 S.C.R. 412.....	537
Szatmari, Re	(1972), 18 C.B.R. (N.S.) 309	796

T

Tailby v. Official Receiver.....	(1888), 13 App. Cas. 523	778
Tearoe v. Sawan	Unreported/Inédit, B.C.C.A., Victoria Registry No. V01916, August 19, 1993	204
Thompson v. The King	[1918] A.C. 221	35
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425... 247, 352, 377, 416, 438	
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425... 247, 352, 377, 416, 438	
Trent University Faculty Assn. v. Trent University	(1992), 99 D.L.R. (4th) 451	652
Tudale Explorations Ltd. and Bruce, Re.....	(1978), 88 D.L.R. (3d) 584	499
Tung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	(1991), 124 N.R. 388.....	978
Tung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1991), 124 N.R. 388.....	978

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	537, 552, 590
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 S.C.R. 316.....	552, 591
United States v. Biswell.....	406 U.S. 311 (1972).....	451
United States v. Joshi.....	896 F.2d 1303 (1990).....	978
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	362
United States of America v. Shephard.....	[1977] 2 S.C.R. 1067.....	474, 895
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353.....	590
Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque	[1993] 1 S.C.R. 471.....	553
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353.....	590
Unterreiner v. The Queen.....	(1980), 51 C.C.C. (2d) 373	989

V

Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada	[1985] 2 R.C.S. 417.....	793
Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission	[1985] 2 S.C.R. 417.....	793
Valladares v. United States	871 F.2d 1564 (1989).....	969
Vézéau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	835, 847
Vézina v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 2.....	972

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
W		
W. J. Alan & Co. v. El Nasr Export and Import Co.....	[1972] 2 Q.B. 189.....	499
Walker, Re	(1982), 43 C.B.R. (N.S.) 319.....	796
Walker v. McDermott	[1931] S.C.R. 94.....	816
Walker v. The King.....	[1939] S.C.R. 214.....	468
Ward v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 30.....	935
Warkentin v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 355.....	837
Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 v. Washington Star Co.....	555 F.Supp. 257 (1983).....	701
Wilband v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 14.....	259, 271
Williamson v. Fisher	[1934] O.W.N. 543.....	128
Wills & Sons v. McSherry	[1913] 1 K.B. 20.....	472
Wilson v. Bluefield Supply Co.....	819 F.2d 457 (1987).....	701
Winnipeg v. Winnipeg Electric Railway Co.	[1921] 2 W.W.R. 282.....	110
Winnipeg Child & Family Services v. F.(A.C.).....	(1992), 42 R.F.L. (3d) 337.....	204
Workmen's Compensation Board v. The Bathurst Co.	[1924] S.C.R. 216.....	158
Y		
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	193, 446
Z		
Zeppetelli v. Canada	[1990] 2 C.T.C. 354	352, 387
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la per- sonne)	[1992] 2 R.C.S. 321.....	590
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	590

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10	
Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14		term 11.....	41
preamble.....	41		
s. 9.....	41	C	
s. 27.....	41	Canadian Charter of Rights and Freedoms	
Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2		s. 7.....	229, 480, 914
s. 22(e).....	406	s. 8.....	339, 406
Act respecting the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, S.C. 1905, c. 90		s. 10(b).....	229, 914
s. 1.....	41	s. 14.....	951
s. 4.....	41	s. 15(1).....	1012
Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31		s. 24(2).....	480
s. 40.....	339	Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12	
s. 69.....	339	s. 24.1.....	406
Act respecting the Railway from Esquimalt to Nanaimo, in British Columbia, S.C. 1886, c. 15		Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11	
s. 1.....	41	s. 1.....	165
Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6		s. 37(2)(f).....	165
preamble.....	41	s. 37(2)(g).....	165
s. 2.....	41	s. 37(3).....	165
schedule	41	s. 57(1).....	165
B		s. 57(3).....	165
Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3		s. 57(9).....	165
s. 67.....	765	s. 58(1)(a).....	165
s. 68.....	765	s. 58(1)(b).....	165
		s. 59(2)(a).....	165
		s. 59(2)(b).....	165
		s. 59(2)(c).....	165
		s. 59(2)(d).....	165
		s. 65(1)(a).....	165
		s. 65(1)(b).....	165
		s. 65(1)(c).....	165
		s. 65(3)(a).....	165
		s. 65(3)(b).....	165
		s. 65(3)(c).....	165
		s. 65(3)(d).....	165
		s. 65(3)(e).....	165

	PAGE		PAGE
s. 65(3)(f).....	165	I	
s. 65(3)(g).....	165		
s. 69(6).....	165	Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2	
s. 70(1).....	165	s. 43(1).....	394
s. 70(3)(a).....	165	s. 44(1).....	394
s. 70(3)(b).....	165	s. 48.....	394
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19		s. 82.1.....	394
s. 586.....	210	s. 82.2.....	394
Civil Code of Lower Canada		Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	
art. 1051.....	210	s. 20(14)(a).....	312
art. 2101.....	210	s. 20(14)(b).....	312
art. 2224.....	210		
art. 2260(8).....	210	J	
art. 2264.....	210		
Constitution Act, 1867		Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1	
s. 92(2).....	715	s. 10.....	490
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C. 43			
s. 106.....	394	N	
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46			
s. 16.....	507	National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985,	
s. 182(b).....	899	c. 28 (3rd Supp.)	
s. 268(1).....	484	s. 64.....	41
s. 281.....	864		
s. 537(1)(b).....	229	R	
s. 676(1)(a).....	914		
s. 683(1)(g).....	899	Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3	
s. 686(1)(a)(i).....	827	s. 2(1) "Special Act".....	41
s. 686(4)(b)(i).....	914	s. 3(1).....	41
s. 695(1).....	899	s. 7.....	41
s. 755.....	229	s. 268.....	41
		s. 270.....	41
E		Regulations to the Employment Pension Plans	
Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c.		Act, Alta. Reg. 364/86	
E-10.05		s. 34(9)(b)(i).....	611
s. 42(2).....	611	s. 34(9)(b)(ii).....	611
s. 58(a).....	611	s. 34(9)(b)(iii).....	611
s. 58(b).....	611	s. 34(9)(b)(iv).....	611
s. 58(c).....	611		
Esquimalt and Nanaimo Railway Company's		W	
Land Grant Tax Exemption Ratification Act,			
S.B.C. 1912, c. 33		Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, c. 435	
sch., cl. 3.....	41	s. 2(1).....	807
s. 2.....	41		

	PAGE		PAGE
Y		s. 27(5).....	1012
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1			
s. 27(1).....	1012		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A		Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12	
Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, S.C. 1905, ch. 90		art. 24.1	406
art. 1	41	Code civil du Bas-Canada	
art. 4	41	art. 1051	210
Acte concernant le chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, dans la Colombie-Britannique, S.C. 1886, ch. 15		art. 2101	210
art. 1	41	art. 2224	210
Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Van- couver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6		art. 2260(8)	210
préambule	41	art. 2264	210
art. 2	41	Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46	
annexe	41	art. 16	507
Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14		art. 182b)	899
préambule	41	art. 268(1)	484
art. 9	41	art. 281	864
art. 27	41	art. 537(1)b)	229
		art. 676(1)a)	914
		art. 683(1)g)	899
		art. 686(1)a)(i)	827
		art. 686(4)b)(i)	914
		art. 695(1)	899
		art. 755	229
		Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britan- nique, L.R.C. (1985), App. II, n° 10	
		art. 11	41
C		E	
Charte canadienne des droits et libertés		Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05	
art. 7	229, 480, 914	art. 42(2)	611
art. 8	339, 406	art. 58a)	611
art. 10b)	229, 914	art. 58b)	611
art. 14	951	art. 58c)	611
art. 15(1)	1012	Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, ch. 33	
art. 24(2)	229, 480	ann., cl. 3	41
		art. 2	41

	PAGE		PAGE
J		Loi sur les services à l'enfance et à la famille,	
Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1		L.R.O. 1990, ch. C.11	
art. 10.....	490	art. 1.....	165
L		art. 37(2)f).....	165
Loi constitutionnelle de 1867		art. 37(2)g).....	165
art. 92(2).....	715	art. 37(3).....	165
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63		art. 57(1).....	165
art. 20(14)a).....	312	art. 57(3).....	165
art. 20(14)b).....	312	art. 57(9).....	165
Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3 ^e suppl.)		art. 58(1)a).....	165
art. 64.....	41	art. 58(1)b).....	165
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2		art. 59(2)a).....	165
art. 43(1).....	394	art. 59(2)b).....	165
art. 44(1).....	394	art. 59(2)c).....	165
art. 48.....	394	art. 59(2)d).....	165
art. 82.1.....	394	art. 65(1)a).....	165
art. 82.2.....	394	art. 65(1)b).....	165
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3		art. 65(1)c).....	165
art. 67.....	765	art. 65(3)a).....	165
art. 68.....	765	art. 65(3)b).....	165
Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31		art. 65(3)c).....	165
art. 40.....	339	art. 65(3)d).....	165
art. 69.....	339	art. 65(3)e).....	165
Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3		art. 65(3)f).....	165
art. 2(1) «loi spéciale».....	41	art. 65(3)g).....	165
art. 3(1).....	41	art. 69(6).....	165
art. 7.....	41	art. 70(1).....	165
art. 268.....	41	art. 70(3)a).....	165
art. 270(1).....	41	art. 70(3)b).....	165
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19		R	
art. 586.....	210	Regulations to the Employment Pension Plans	
Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2		Act, Alta. Reg. 364/86	
art. 22e).....	406	art. 39(9)b)(i).....	611
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1		art. 39(9)b)(ii).....	611
art. 27(1).....	1012	art. 39(9)b)(iii).....	611
art. 27(5).....	1012	art. 39(9)b)(iv).....	611
		W	
		Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 435	
		art. 2(1).....	807

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adell, Bernard. "Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform", in <i>Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies</i> , vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988	702
Alboini, Victor P. <i>Securities Law and Practice</i> , 2nd ed., vol. 2 (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1984	597
Amighetti, Leopold. <i>The Law of Dependants' Relief in British Columbia</i> . Toronto: Thomson Professional Pub. Canada, 1991	813
Angers, Lucie. "À la recherche d'une protection efficace contre les inspections abusives de l'État: la Charte québécoise, la Charte canadienne et le Bill of Rights américain" (1986), 27 <i>C. de D.</i> 723	416, 459
Archbold, John Frederick. <i>Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases</i> , 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell, P. J. Richardson and D. A. Thomas. London: Sweet & Maxwell, 1988	883
Barnhorst, Richard F. "Child Protection Legislation: Recent Canadian Reform", in Barbara Landau, ed., <i>Children's Rights in the Practice of Family Law</i> , p. 255. Toronto: Carswell, 1986	191
Baudouin, Jean-Louis. "L'enlèvement et la non-représentation d'enfants à la lumière du nouveau droit civil québécois, du droit fédéral et du droit international" (1982-1983), 17 <i>R.J.T.</i> 151	881
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les obligations</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989	216
Baudry-Lacantinerie, Gabriel. <i>Précis de droit civil</i> . Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912	225
Beven, Thomas. <i>Negligence in Law</i> , 4th ed. By William James Byrne and Andrew Dewar Gibb. London: Sweet & Maxwell, 1928	23
<i>Black's Law Dictionary</i> , abridged 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1983	908
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "unlawfully"	883
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Statutory Succession Rights</i> . Vancouver: Law Reform Commission of British Columbia, 1983	821
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Papers in connection with the construction of the Canadian Pacific Railway between the Dominion, Imperial and Provincial governments</i> [Carnarvon Papers]. Victoria, B.C.: Legislative Assembly, 1880, 198	91
Canada. Canadian Committee on Corrections. <i>Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969	290
Canada. Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1987	291
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 78, 27 avril 1982, à la p. 78:9	881

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 93, 3 juin 1982, aux pp. 93:31, 93A:1	881
Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Justice pénale et correction: un lien à forger</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.....	290
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. <i>Réformer la sentence: une approche canadienne</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1987.....	291
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 3. <i>Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence</i> . Ottawa: Information Canada, 1974.....	291
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27, <i>Le jury en droit pénal</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1980.....	469
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 63, <i>L'autorité de la chose jugée, la réponse à l'accusation et le verdict</i> . Ottawa: La Commission, 1991.....	467
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. X, 1 ^{re} sess., 32 ^e lég., aux pp. 11300, 11344, 11348 ...	881
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XIII, 1 ^{re} sess., 32 ^e lég., à la p. 14187.....	881
Canada. Department of Finance. <i>Budget 89: The Goods and Services Tax</i> . Ottawa: Department of Finance, April 27, 1989	731
Canada. Department of Finance. <i>Goods and Services Tax: A Summary</i> . Ottawa: Department of Finance, 1990	739
Canada. Department of Finance. <i>Goods and Services Tax: An Overview</i> . Ottawa: Department of Finance, August 1989.....	730
Canada. Department of Finance. <i>The White Paper: Tax Reform 1987</i> . Ottawa: Department of Finance, 1987	739
Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-410R, "Debt Obligations — Accrued Interest on Transfer", Sept. 4, 1984	330
Canada. Gendarmerie royale du Canada. <i>Rapport annuel sur les enfants perdus au Canada 1993 — Bureau d'enregistrement des enfants disparus</i> , 1993	882
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 78, April 27, 1982, at p. 78:9	881
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 93, June 3, 1982, at pp. 93:31, 93A:1	881
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. X, 1st Sess., 32nd Parl., at pp. 11300, 11344, 11348	881
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XIII, 1st Sess., 32nd Parl., at p. 14187	881
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 3. <i>The Principles of Sentencing and Dispositions</i> . Ottawa: Information Canada, 1974.....	291
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. <i>The Jury In Criminal Trials</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980.....	469
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 63. <i>Double Jeopardy, Pleas and Verdicts</i> . Ottawa: The Commission, 1991.....	467
Canada. Minister of Justice. <i>Proposals to amend the Criminal Code (general principles)</i> , June 28, 1993	893
Canada. Ministère de la Justice. <i>Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)</i> , 28 juin 1993	893
Canada. Ministère des Finances. <i>Budget 89: La taxe sur les produits et services</i> . Ottawa: Ministère des Finances, 27 avril 1989.....	731
Canada. Ministère des Finances. <i>Livre blanc: Réforme fiscale 1987</i> . Ottawa: Ministère des Finances, 1987	739

Canada. Ministère des Finances. <i>Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble</i> . Ottawa: Ministère des Finances, août 1989	731
Canada. Ministère des Finances. <i>Taxe sur les produits et services: Vue d'ensemble</i> . Ottawa: Ministère des Finances, 1990	739
Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-410R, "Créances — Intérêts courus lors d'un transfert", le 4 sept. 1984	330
Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R7 (31 décembre 1981)	695
Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R8 (16 décembre 1988)	695
Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R7 (December 31, 1981)	695
Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R8 (December 16, 1988)	695
Canada. Royal Canadian Mounted Police. <i>1993 Annual Report on Canada's Missing Children — Missing Children's Registry</i> , 1993	882
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Juristat</i> , vol. 10, No. 15, October 1990	882
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>Juristat</i> , vol. 10, n° 15, octobre 1990	882
<i>Canadian Encyclopedic Digest</i> (Ontario 3rd ed.), vol. 12, Title 58. Toronto: Carswell	795
<i>Canadian Encyclopedic Digest</i> (Western 3rd ed.), vol. 13, Title 59. Calgary: Carswell	795
Coleman, Phyllis. "A Proposal for Terminating Parental Rights: 'Spare the Parent, Spoil the Child'" (1993), <i>7 Am. J. Fam. L.</i> 123	200
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991	894
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 8th ed. Edited by R. E. Allen. Oxford: Clarendon Press, 1990	907
Cross, Rupert, Sir. <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990	28
Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1990	250
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VI, 1 ^{re} sess., 27 ^e Parl., 16 juin 1966, à la p. 6488	792
Demogue, René. <i>Traité des obligations en général</i> , t. III. Paris: Rousseau, 1923	218
<i>Dictionary of Canadian Law</i> . Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, "unlawfully"	883
<i>Dictionnaire Quillet de la langue française</i> . Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975	907
Dreidger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	152, 191, 326, 785
Ewaschuk, E. G. "Abduction of Children by Parents" (1978-79), <i>21 Crim. L.Q.</i> 176	878
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings & Practice in Canada</i> , vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf)	893, 1010
Ezra, D. Don. <i>The Struggle for Pension Fund Wealth</i> . Toronto: Pagurian Press, 1983	698
Fingarette, Herbert. <i>The Meaning of Criminal Insanity</i> . Berkeley: University of California Press, 1972	532
Frenette, François. <i>L'enregistrement des droits</i> . Montréal: Librairie de l'Université de Montréal, 1980 (mise à jour juillet 1984)	216
Gold, Alan D. <i>Annual Review of Criminal Law — 1984</i> . Toronto: Carswell, 1984	879
<i>Grand Larousse de la langue française</i> , t. 4. Paris: Librairie Larousse, 1975	907
Hanscom, Deborah K. "A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin" (1991), <i>10 Est. & Tr. J.</i> 258	624

Harris, Seymour Frederick. <i>Harris's Criminal Law</i> , 22nd ed. By Ian McLean and Peter Morrish. London: Sweet & Maxwell, 1973	894
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992	94
Hor, Michael. "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] <i>Singapore J. Legal Stud.</i> 35	251
Houlden, L. W., and C. H. Morawetz. <i>Bankruptcy and Insolvency Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. rev. Toronto: Carswell, 1992 (looseleaf)	785
<i>House of Commons Debates</i> , vol. VI, 1st Sess., 27th Parl., June 16, 1966, at p. 6488	792
Johnston, David L. <i>Canadian Securities Regulation</i> . Toronto: Butterworths, 1977	589
Johnstone, Bruce. "Parental Child Abduction Under the Criminal Code" (1987), 6 <i>Can. J. Fam. L.</i> 271....	878
LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. St. Paul., Minn.: West Publishing Co., 1986	881
La Forest, Gérard Vincent. <i>Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1969	98
La Forest, Gérard Vincent. <i>The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution</i> , 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981	93, 728
LeBel, Louis. "L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise" (1986), 17 <i>R.G.D.</i> 391	227
MacKinnon, Jennifer. "Best Interests of the Child in Protection Hearings: A Move Away From Parental Rights?" (1980), 14 <i>R.F.L.</i> (2d) 119	198
Marler, William deMontmollin. <i>The Law of Real Property</i> . Toronto: Burroughs & Co., 1932.....	217
Martin, G. Arthur. "Insanity as a Defence" (1965-66), 8 <i>Crim. L.Q.</i> 240	519
Martineau, Pierre. <i>La prescription</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1977	224
Maybank, Robert C. "Constitutional requirements for administrative warrants in Canada and the United States: Opposite trends?" (1989), 39 <i>U.T.L.J.</i> 55	452
McCall, M. L. "An Analysis of Responsibilities in Child Welfare Systems" (1990), 8 <i>Can. J. Fam. L.</i> 345	193
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , 3rd ed., Lawyer's ed. By Edward W. Cleary, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984	21
McDonald, Ryan J. "Les enfants disparus", dans <i>Tendances sociales canadiennes</i> , n° 24. Ottawa: Statistique Canada, printemps 1992, 2	882
McDonald, Ryan J. "Missing Children", in <i>Canadian Social Trends</i> , No. 24. Ottawa: Statistics Canada, Spring 1992, 2	882
Mewett, Alan W. "Character as a Fact in Issue in Criminal Cases" (1984-85), 27 <i>Crim. L.Q.</i> 29	34
Mewett, Alan W. "Law Enforcement and the Conflict of Values" (1970), 12 <i>Crim. L.Q.</i> 179	249
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985	881
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 5. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1901	219
Mill, John Stuart. <i>Principles of Political Economy, with Some of Their Applications to Social Philosophy</i> , vol. II. Boston: Little & Brown, 1848	724
Morel, André. "Certain Guarantees of Criminal Procedure". In Gérard-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 497	968
Morel, André. «Les garanties en matière de procédure et de peines». Dans Gérard-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 555	968

Nachshen, Gary. "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in <i>New Developments in Employment Law</i> . (Meredith Memorial Lectures, 1988.) Cowansville, Qué: Yvon Blais Inc., 1989	624, 698
Nadeau, Claude. "The Interpretation of Taxing Statutes Since Stupart" (1990), 42 <i>Can. Tax Found.</i> 49:1	333
<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1993, "menace"	761
Ontario. Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans. <i>Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies</i> , vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988	624
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed., vol. 7. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989	907
Paciocco, David M. <i>Charter Principles and Proof in Criminal Cases</i> . Toronto: Carswell, 1987	249
Pattenden, Rosemary. "Conflicting Approaches to Psychiatric Evidence in Criminal Trials: England, Canada and Australia", [1986] <i>Crim. L.R.</i> 92.....	35
Pineau, Jean, et Danielle Burman. <i>Théorie des obligations</i> , 2 ^e éd. Montréal: Thémis, 1988	219
Planiol, Marcel, et Georges Ripert. <i>Traité pratique de droit civil français</i> , t. VII, 2 ^e éd. Paris: L.G.D.J., 1954	219
Proulx, Daniel. "La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême: commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford" (1990), 24 <i>R.J.T.</i> 375	540
Proulx, Michel. "The Presence of the Accused at Trial" (1982-83), 25 <i>Crim. L.Q.</i> 179	991
Rimm, David C. and John W. Sommerville. <i>Abnormal Psychology</i> . New York: Academic Press, 1977.....	35
Romaniuk, Bohdan S., and Hudson N. Janisch. "Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition" (1986), 18 <i>Ottawa L. Rev.</i> 561.....	119
Rydstrom, Jean F. "Right of Accused to Have Evidence or Court Proceedings Interpreted" (1971), 36 <i>A.L.R.3d</i> 276	969
Scott, Austen Wakeman. <i>The Law of Trusts</i> , 4th ed., vol. 4. Boston: Little, Brown, 1989	692
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed., vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1987, "threat"	761
Snell, Edmund Henry Turner. <i>Snell's Equity</i> , 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.....	504
Steele, Graham J. "Court Interpreters in Canadian Criminal Law" (1992), 34 <i>Crim. L.Q.</i> 218.....	968
Stevens, George C. and Stephen D. Wortley. "Murray Pezim in the Court of Appeal: Draining the Lifeblood from Securities Regulation" (1992), 26 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 331	600
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987.....	891
Templeton, M. D. "Subsection 20(14) and the Allocation of Interest — Buyers Beware" (1990), 38 <i>Can. Tax J.</i> 85	332
Tollefson, Edwin A., and Bernard Starkman. <i>Mental Disorder in Criminal Proceedings</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.....	518
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 7 bis par Léon Faribault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1957.....	219
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 14 par Claude Demers. Montréal: Wilson & Lafleur, 1950.....	217
Treitel, G. H. <i>The Law of Contract</i> , 4th ed. London: Stevens & Sons, 1975.....	706
Ulmer, John M. "Taxation of Interest Income" (1990), 42 <i>Can. Tax Found.</i> 8:1.....	334
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.....	499
Wade, William, Sir. <i>Administrative Law</i> , 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988	121
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984	640, 710
Watt, David. <i>The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127</i> . Toronto: Butterworths, 1984	889

Weiner, Barbara A. "Mental Disability and the Criminal Law". In Samuel Jan Brakel, John Parry and Barbara A. Weiner, <i>The Mentally Disabled and the Law</i> , 3rd ed. Chicago, Ill.: American Bar Foundation, 1985, 693	940
Whalley, John, and Deborah Fretz. <i>The Economics of the Goods and Services Tax</i> . Canadian Tax Paper No. 88. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1990	728
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.....	248
Wilkins, H. D. <i>Status Review Applications</i> . Canadian Bar Association (Ontario), Continuing Legal Education Program on <i>The Child and Family Services Act</i> . March 22, 1986	196
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.....	885
Williams, Glanville. "Intents in the Alternative" (1991), 50 <i>Cambridge L.J.</i> 120	893
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	893

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Paul Wayne Moyer *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MOYER

File No.: 23712.

1994: June 1; 1994: September 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Indignity to human remains — Photographs taken at identifiable grave sites of human remains — Photographs featuring skinhead wearing neo-Nazi symbols and simulating urinating on monument in Jewish cemetery — Accused choreographing photo shoot and providing props — Whether 'offering indignities' requires physical contact with human remains — Whether indignities can be offered to monuments — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 182(b).

Appeal — Charge — Amendment of charge — Charge as drafted overly broad and capable of encompassing innocent activity — Charge as redrafted not prejudicing accused — Whether or not charge should be amended by this Court — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 683(1)(g), 695(1).

Respondent and a young "skinhead" took neo-Nazi photographs in a Jewish cemetery. (Skinheads are often identified by their use of clothing with Nazi and white supremacist symbols.) Respondent choreographed the photo shoot, which included pictures of the skinhead's simulating urinating on actual identifiable gravestones, and supplied the props. He was charged, on the basis of the photographs, with offering indignities to human remains contrary to s. 182(b) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal overturned his conviction. At issue here was whether 'offering indignities' requires physical contact with human remains and whether the section only captures indignities offered to human remains or whether it also captures indignities offered to monuments. An issue arising at the oral hearing on this appeal

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Paul Wayne Moyer** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MOYER

N^o du greffe: 23712.1994: 1^{er} juin; 1994: 1^{er} septembre.

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

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

Droit criminel — Indignité envers des restes humains — Photographies prises sur le site de tombes identifiées — Photographies représentant un skinhead portant des symboles nazis et faisant semblant d'uriner sur un monument dans un cimetière juif — Composition des scènes des photos et fourniture des accessoires par l'accusé — La «perpétration d'une indignité» nécessite-t-elle un contact physique avec des restes humains? — Une indignité peut-elle être commise envers des monuments? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 182b).

Appel — Accusation — Modification de l'acte d'accusation — Acte d'accusation initialement rédigé en termes trop généraux et susceptibles d'inclure une activité tout à fait innocente — Acte d'accusation modifié non susceptible de causer un préjudice à l'accusé — La Cour devrait-elle modifier l'acte d'accusation? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683(1)g), 695(1).

L'intimé et un jeune «skinhead» ont pris des photographies de style néo-nazi dans un cimetière juif. (Les «skinheads» sont souvent reconnus par le port de vêtements ornés de symboles nazis et d'emblèmes de suprématie de la race blanche.) L'intimé a fait la composition des scènes photographiées, dont des photos du skinhead faisant semblant d'uriner devant des pierres tombales identifiées; il a aussi fourni les accessoires nécessaires. Il a été accusé, sur la foi des photos, de perpétration d'indignités envers des restes humains, en contravention de l'al. 182b) du *Code criminel*. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité. La question en litige vise à déterminer si l'expression «commet [...] [une] indignité» nécessite un contact physique avec des restes humains, et si la disposition vise seule-

involved whether the Court could amend the charge as laid. The unacceptable implication flowing from conviction on the charges as laid was that the photographing by anyone of a young male offering indignities to human remains in and of itself constitutes offering an indignity to human remains.

Held: The appeal should be allowed.

Physical interference with a dead body or human remains is not necessary under s. 182(b) and the indignities must be offered to the dead body or human remains (as opposed to monuments *per se*). However, where monuments mark the presence of human remains, offering indignities to the monuments constitutes offering indignities to the human remains that are marked by the monuments. This interpretation is not impermissibly vague — the courts can give it clear content. Nor is this interpretation overbroad for it does not include showing disrespect to a memorial plaque or a photo of the deceased far removed from the human remains but rather is confined to human remains and to grave sites and monuments that mark the final resting place of human remains.

Respondent's conduct *in toto* constituted acts of defilement and callous disrespect towards the remains of the individuals buried under the monuments that feature so prominently in his photographs. Doing what he did with and to the monuments placed on the graves constituted offering indignities to the remains buried below. If there had been no remains, then his conduct would have been reprehensible but not criminal under s. 182(b).

Respondent's claim that he offered indignities to Jewish people in general, as opposed to the remains of any specific Jewish individuals, was not supported by the trial judge's reasons and this finding of fact about his intent should not be disturbed on appeal for no reason. It did not matter, however, whether the respondent's claim were true. If he used an individual Jewish person's monument, grave site and human remains as a means to the end of offering indignities to Jewish people in general, then he is guilty.

ment l'indignité commise envers des restes humains ou si elle vise aussi l'indignité commise envers des monuments. À l'audition du présent pourvoi, on s'est demandé si la Cour pouvait modifier l'acte d'accusation initial. Une déclaration de culpabilité fondée sur l'acte d'accusation tel qu'il a été rédigé a comme conséquence inacceptable que le fait de photographier un jeune homme en train de commettre une indignité envers des restes humains constitue en soi la perpétration d'une indignité envers des restes humains.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Un contact physique avec un cadavre ou des restes humains n'est pas nécessaire dans le cadre de l'al. 182b) et l'indignité doit être commise envers un cadavre ou des restes humains (par opposition aux monuments mêmes). Cependant, dans les cas où un monument indique la présence de restes humains, la perpétration d'une indignité envers un tel monument constitue une indignité envers des restes humains dont la présence est indiquée par ce monument. Cette interprétation n'est pas d'une imprécision inacceptable — les tribunaux peuvent y attribuer un contenu clair. Cette interprétation n'est pas non plus trop générale — elle ne vise pas un manque de respect envers une plaque commémorative ou une photo d'une personne décédée qui se trouve à un endroit très éloigné des restes humains en question, elle ne vise que les restes humains, les tombes et les monuments qui indiquent la dernière demeure de restes humains.

L'ensemble de la conduite de l'intimé constituait des actes de profanation et d'irrespect impitoyable envers les restes des personnes inhumées sous les monuments que l'on voit bien sur les photos. Ce que l'intimé a fait avec les monuments placés sur les tombes en question constituait la perpétration d'une indignité envers les restes humains qui y étaient inhumés. S'il n'y avait pas eu de restes humains, sa conduite aurait été répréhensible, mais n'aurait pas constitué une infraction criminelle visée à l'al. 182b).

L'intimé prétend avoir commis une indignité envers l'ensemble des Juifs et non envers les restes de personnes juives en particulier, mais les motifs du juge du procès n'appuient pas cette prétention, et cette conclusion de fait relativement à l'intention de l'intimé ne devrait pas être modifiée en appel sans motif. Il importe peu de savoir si la prétention de l'intimé est exacte. S'il s'est servi du monument, de la tombe et des restes humains d'une personne juive comme moyen de commettre une indignité envers l'ensemble des Juifs, il est coupable.

The Court of Appeal, pursuant to s. 683(1)(g) of the *Code*, may amend the charge, where it considers it to be in the interests of justice, unless it is of the opinion that the accused has been misled or prejudiced in his defence or appeal. The Supreme Court of Canada, pursuant to s. 695(1), may make any order that the Court of Appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment. It was clearly in the interests of justice to amend the charge to conform with the evidence and to describe fully the activities that constituted the offence. Furthermore, the respondent at the oral hearing conceded that he had not been misled or prejudiced in his defence or appeal by the charges and would not be prejudiced by the amendments.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 182(b), 683(1)(g) [ad. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 144], 695(1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, abridged 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1983.
Concise Oxford Dictionary, 8th ed. Edited by R. E. Allen. Oxford: Clarendon Press, 1990.
Dictionnaire Quillet de la langue française. Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975.
Grand Larousse de la langue française, t. 4. Paris: Librairie Larousse, 1975.
Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. 7. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 64 O.A.C. 389, 83 C.C.C. (3d) 280, 25 C.R. (4th) 115, allowing an appeal from conviction by Cavarzan J. Appeal allowed.

Rosella Cornaviera, for the appellant.

Bruce Duncan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

En vertu de l'al. 683(1)(g) du *Code*, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice, modifier l'acte d'accusation, à moins qu'elle ne soit d'avis que l'accusé a été induit en erreur ou qu'il a subi un préjudice dans sa défense ou son appel. Conformément au par. 695(1), la Cour suprême du Canada peut rendre toute ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et peut établir toute règle ou rendre toute ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement. De toute évidence, il est dans l'intérêt de la justice que l'acte d'accusation soit modifié de façon qu'il corresponde aux éléments de preuve et décrive pleinement les activités constitutives de l'infraction. En outre, l'intimé a admis, à l'audience, qu'il n'a pas été induit en erreur ou qu'il n'a pas subi un préjudice dans sa défense ou son appel, et qu'il ne subirait pas un préjudice du fait des modifications.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 182(b), 683(1)(g) [aj. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 144], 695(1).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, abridged 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1983.
Concise Oxford Dictionary, 8th ed. Edited by R. E. Allen. Oxford: Clarendon Press, 1990.
Dictionnaire Quillet de la langue française. Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975.
Grand Larousse de la langue française, t. 4. Paris: Librairie Larousse, 1975.
Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. 7. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 64 O.A.C. 389, 83 C.C.C. (3d) 280, 25 C.R. (4th) 115, qui a accueilli un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Cavarzan. Pourvoi accueilli.

Rosella Cornaviera, pour l'appelante.

Bruce Duncan, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Court rendu par

LAMER C.J. —

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Factual Background

Early in the fall of 1990, the respondent met S.B. on a street in Hamilton when the respondent mistook S.B. for someone else and approached him. At the time of this meeting, S.B. had very short “buzz-cut” hair and was wearing black “Doc Marten” boots with white laces. His appearance identified him as a “skinhead” — i.e., an individual, usually between the ages of 13 and 35 with “buzz-cut” hair, black leather clothes (sometimes with Nazi symbols on them), and black “Doc Marten” boots with white laces. The white laces symbolize a belief in white supremacy.

The respondent and S.B. discussed their shared interest in photography and the respondent told S.B. that he wanted him to pose for some photographs. One week later, S.B. called the respondent and they discussed going to the Jewish Cemetery on Limeridge Road in Hamilton to “make some photos that were like neo-nazi”. That same day, they got together at a restaurant, looked at each other’s photographs (the respondent’s were of “skinheads” and S.B.’s were of “streetkids”), and decided to go to the Jewish Cemetery to take some photographs.

They drove to the Jewish Cemetery in the respondent’s car and took the cameras and props out of that car. These props included a Nazi dagger, a Nazi tie pin, a bottle of yellow-dyed water, a “Happy Birthday” banner, a pair of ladies underwear, and an empty beer cup. The respondent gave S.B. a T-shirt to wear. The T-shirt had “Fuck Off and Die” written on the front of it.

The respondent took a number of photographs that were entered into evidence at trial. Three of these photographs are directly relevant to this appeal. The first featured S.B. standing beyond the gravestone of S.L., turned to his right, exposing his penis towards the gravestone, and wearing the T-shirt inscribed “Fuck Off and Die”. The second featured S.B., from the upper thigh down, sitting

I. Les faits

Au début de l’automne 1990, l’intimé a rencontré S.B. dans une rue à Hamilton; il l’a pris pour quelqu’un d’autre et s’est adressé à lui. À cette époque, S.B. avait les cheveux très courts au ras de la tête et portait des bottes «Doc Marten» noires, lacées en blanc. Son apparence l’identifiait comme un «skinhead», c’est-à-dire une personne habituellement âgée entre 13 et 35 ans, les cheveux coupés ras, portant des vêtements de cuir noir (parfois ornés de symboles nazis) et des bottes «Doc Marten» noires, lacées en blanc. Les lacets blancs symbolisent une croyance en la suprématie de la race blanche.

L’intimé et S.B. ont discuté de l’intérêt qu’ils partageaient pour la photographie et l’intimé a dit à S.B. qu’il aimerait qu’il pose pour des photographies. Une semaine plus tard, S.B. a téléphoné à l’intimé et ils ont parlé de se rendre au cimetière juif sur le chemin Limeridge à Hamilton pour [TRADUCTION] «prendre des photos de syle néo-nazi». Le même jour, ils se sont rencontrés dans un restaurant et ont regardé leurs photos réciproques (l’intimé avait des photos de «skinheads» et S.B., d’«enfants de la rue»); ils ont ensuite décidé d’aller prendre des photos au cimetière juif.

Ils se sont rendus au cimetière dans la voiture de l’intimé et ont pris leurs appareils photos et leurs accessoires: une dague nazie, une épingle à cravate portant une croix gammée, une bouteille d’eau teinte en jaune, une enseigne portant l’inscription «Happy Birthday», une culotte pour femme et un verre à bière vide. L’intimé a donné à S.B. un t-shirt pour qu’il le porte. Sur le devant de ce t-shirt était inscrit «Fuck Off and Die».

L’intimé a pris des photographies qui ont été déposées en preuve au procès. Trois d’entre elles sont directement pertinentes en l’espèce. Sur la première, S.B., vêtu du fameux t-shirt, se trouve derrière la pierre tombale de S.L.; il est tourné vers la droite et pointe son pénis vers la pierre tombale. Sur la deuxième photo, on voit S.B. à partir du haut de la cuisse en descendant, assis sur la pierre

on the gravestone of N.S., wearing his "Doc Marten" boots with the white laces, holding a Nazi dagger, with a stream of yellow liquid simulating urine pouring down in front of the gravestone. The third featured a small bird impaled by a Nazi tie pin with a swastika on it, lying on the gravestone of O.G. next to a piece of paper with the words "Oi! Skins" (a "skinhead" battlecry) written on it.

tombale de N.S. et portant les bottes «Doc Marten» lacées en blanc. Il tient la dague nazie et un flot de liquide jaune simulant de l'urine coule devant la pierre tombale. Sur la troisième, est étendu sur la pierre tombale d'O.G. un petit oiseau empalé au moyen d'une épingle à cravate ornée d'une croix gammée. Près de l'oiseau, se trouve un morceau de papier sur lequel sont inscrits les mots «Oi! Skins» (un cri de guerre de «skinhead»).

For the first two of these photographs, the respondent supplied the props, directed the actions of S.B., and operated the camera. For the last photograph, the respondent supplied and set up the props and operated the camera.

Pour les deux premières photos, l'intimé a fourni les accessoires, a dirigé les actes de S.B. et a actionné l'appareil photo. Pour la troisième, l'intimé a fourni et installé les accessoires et il a pris la photo.

In mid-October 1990, the manager of the photography department at a store in the Limeridge Mall called the police to report seeing prints made for a customer which depicted animal abuse and satanism. The police reviewed four sets of photos of 36 prints each, all in the name of the respondent, and retained six to ten prints, six of which were introduced as evidence at trial.

À la mi-octobre 1990, le gérant du département de photographie d'un magasin du centre commercial de Limeridge a appelé la police pour signaler que des épreuves faites pour un client représentaient un animal maltraité et des scènes de satanisme. La police a examiné les quatre paquets de 36 photographies, chacun au nom de l'intimé, et a gardé entre six à dix photos, dont six ont été déposées en preuve au procès.

On October 21, 1990, the respondent was charged with six counts of indecently offering indignities to human remains contrary to s. 182(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Le 21 octobre 1990, l'intimé a été accusé sous six chefs d'avoir commis des indécences ou indignités envers des restes humains, en contravention de l'al. 182b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

II. Relevant Statutory Provisions

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

182. Every one who

. . .

(b) improperly or indecently interferes with or offers any indignity to a dead human body or human remains, whether buried or not,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

II. Les textes législatifs pertinents

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46:

182. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas:

. . .

b) commet tout outrage, indécence ou indignité envers un cadavre humain ou des restes humains, inhumés ou non.

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

(g) amend the indictment, unless it is of the opinion that the accused has been misled or prejudiced in his defence or appeal.

695. (1) The Supreme Court of Canada may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

III. Judgments Below

A. Ontario Court of Justice (General Division) (Cavarzan J.)

Cavarzan J. found that there was no doubt that the respondent was guilty as charged on three of the six counts. He had no doubt that the respondent actually took the photographs and that he intended to offer an indignity to the human remains of S.L., N.S., and O.G.: “[t]here can be no reasonable doubt that the accused intended to show disrespect” and “[the respondent] wanted to get across as much neo-Nazi disrespect to Jews as possible, short of doing actual damage to the grave sites”.

Cavarzan J. convicted the respondent on the following counts: indecently offering an indignity to the human remains of S.L., by photographing a young male in front of the gravestone while the male was exposing his penis towards the stone wearing a T-shirt inscribed “Fuck Off and Die”, contrary to the provisions of s. 182(b) of the *Criminal Code*; indecently offering an indignity to the human remains of N.S., by photographing a young male sitting on the gravestone urinating and holding a Nazi style bayonet in front of the deceased’s name, contrary to the provisions of s. 182(b) of the *Criminal Code*; and, indecently offering an indignity to the human remains of O.G., by photographing the gravestone after placing a dead bird on the

683. (1) Aux fins d’un appel prévu par la présente partie, la cour d’appel peut, lorsqu’elle l’estime dans l’intérêt de la justice:

g) modifier l’acte d’accusation, à moins qu’elle ne soit d’avis que l’accusé a été induit en erreur ou qu’il a subi un préjudice dans sa défense ou son appel.

695. (1) La Cour suprême du Canada peut, sur un appel aux termes de la présente partie, rendre toute ordonnance que la cour d’appel aurait pu rendre et peut établir toute règle ou rendre toute ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

III. Les jugements d’instance inférieure

A. La Cour de justice de l’Ontario (Division générale) (Le juge Cavarzan)

Le juge Cavarzan a conclu qu’il n’y avait pas de doute que l’intimé était coupable relativement à trois des six chefs d’accusation portés. Il ne doutait pas que l’intimé avait réellement pris les photos et qu’il avait l’intention de commettre une indignité envers les restes humains de S.L., N.S. et O.G.: [TRADUCTION] «[i]l ne peut exister aucun doute raisonnable que l’accusé avait l’intention de manquer de respect» et «que [l’intimé] voulait manifester un manque de respect de nature néo-nazie aussi grand que possible envers les Juifs, sans toutefois causer des dommages aux tombes».

Le juge Cavarzan a déclaré l’intimé coupable relativement aux chefs d’accusation suivants: d’avoir, en contravention de l’al. 182b) du *Code criminel*, commis une indécence ou indignité envers les restes humains de S.L., en photographiant devant la pierre tombale un jeune homme qui était vêtu d’un t-shirt portant l’inscription «*Fuck Off and Die*» et qui pointait son pénis vers la pierre tombale; d’avoir, en contravention de l’al. 182b) du *Code criminel*, commis une indécence ou indignité envers les restes humains de N.S., en photographiant un jeune homme assis sur la pierre tombale qui urinait et tenait une baïonnette de style nazi devant le nom du défunt; et d’avoir, en contravention de l’al. 182b) du *Code criminel*, commis une indécence ou indignité envers les restes humains d’O.G. en photographiant la pierre tom-

stone with a Nazi Swastika pinned to it, contrary to the provisions of s. 182(b) of the *Criminal Code*.

B. *Court of Appeal* (1993), 64 O.A.C. 389

(1) Austin J.A. (for the majority)

Austin J.A. stated that “[i]n the present case the central issue is whether physical contact or involvement [with the human remains] is necessary” for “offering an indignity”.

Austin J.A. concluded at p. 394 that:

... in enacting s. 182(b) it was Parliament’s intention to codify the common law and that the offence includes neither more nor less than it did at common law. Section 182(b) therefore does not include the conduct in issue here however vicious and abhorrent it may be.

Expressing contempt, by acts or gesture, for what a deceased person stood for, is not, in my opinion, offering an indignity to that person’s remains, whether it is done at the gravesite, within the confines of the cemetery where that person is buried; or anywhere else. It is an affront to the memory of that person, a vicious and repugnant affront in this case, but not an affront to the physical remains. Section 182 of the *Criminal Code* does not include any notion of personhood in the expression “a dead human body or human remains”. The French version of s. 182 uses the expression “cadavre” for dead human body. That confirms, in my opinion, that the *Code* did not mean to extend the definition of the offence beyond what it was at common law, and that there has to be an indecency or indignity offered to the physical human remains for the offence to be committed.

Austin J.A. therefore allowed the appeal, set aside the convictions, and entered acquittals.

(2) Catzman J.A. (dissenting)

Catzman J.A. stated that the essential question in this appeal is whether, in furtherance of the respondent’s intention to show as much disrespect to Jews as possible short of doing actual damage to the gravestones or sites, the respondent offered an

bale après y avoir installé un oiseau mort sur lequel était épinglée une croix gammée.

B. *La Cour d’appel* (1993), 64 O.A.C. 389

(1) Le juge Austin (au nom de la majorité)

Le juge Austin a dit que [TRADUCTION] «[e]n l’espèce, la principale question en litige est de savoir s’il doit y avoir contact physique [avec les restes humains]» pour qu’une indignité soit commise.

Il a conclu, à la p. 394:

[TRADUCTION] ... en adoptant l’al. 182b), le législateur avait l’intention de codifier la common law et d’inclure dans l’infraction rien de plus, mais rien de moins, que ce qui existait en common law. L’alinéa 182b) n’inclut donc pas la conduite attaquée en l’espèce, si perverse et si odieuse soit-elle.

L’expression de mépris, par des actes ou des gestes, pour ce qu’un défunt représentait, ne constitue pas, à mon avis, la perpétration d’une indignité envers les restes humains de cette personne, que ce mépris soit manifesté à la tombe même, dans les limites du cimetière où la personne est inhumée, ou ailleurs. C’est une insulte à la mémoire de cette personne, une insulte brutale et répugnante en l’espèce, mais non une insulte aux restes humains. Dans le texte anglais, l’art. 182 du *Code criminel* ne comporte pas de notion de personnalité dans l’expression «a dead human body or human remains». Dans le texte français, l’expression «dead human body» est rendue par «cadavre [humain]». À mon avis, ceci confirme que le *Code* ne visait pas à élargir la définition de l’infraction au-delà de ce que prévoyait la common law, et qu’il doit y avoir eu perpétration d’une indécence ou indignité envers des restes humains pour qu’une infraction ait été commise.

En conséquence, le juge Austin a accueilli l’appel, annulé les déclarations de culpabilité et acquitté l’accusé.

(2) Le juge Catzman (dissident)

Le juge Catzman a mentionné que la principale question soulevée en appel était de savoir si l’intimé avait, dans son intention d’afficher envers les Juifs un manque de respect aussi grand que possible, sans causer de dommage réel aux pierres tom-

indignity to human remains within the contemplation of s. 182(b) of the *Criminal Code*.

Catzman J.A. acknowledged that there was no direct physical contact with the bodies of the deceased in the case at bar. However, he rejected as sophistry the respondent's argument that the indignity which he offered was addressed not to human remains but rather to gravestones as Jewish symbols. Catzman J.A. held at p. 395 that "[t]he function of a tombstone is to designate the place where the remains of the deceased are buried and to perpetuate his or her name and memory" and concluded:

In my view, a person offering an indignity to such tombstones offers an indignity to the human remains which they mark.

... the "indignity" contemplated by the section embraces conduct that is dishonourable, disgraceful or unworthy, acts of abuse, defilement or callous disrespect. All of those terms apply to the [respondent's] conduct in the present case as much as they applied to the physical indignities described in the reported decisions.

Accordingly, I agree with the trial judge that the [respondent's] actions constituted the offering of indignity to human remains. I would dismiss the appeal.

IV. Analysis

At issue here is the meaning of s. 182(b) of the *Code*. Specifically, "does 'offering indignities' require physical contact with human remains?" and "does the section only capture indignities offered to human remains or does it also capture indignities offered to monuments?" Within the category of monuments, I include stones and other structures placed over a grave to mark the final resting place of human remains as well as commemorative stones or structures far removed from any actual human remains. I will conclude that physical interference with a dead body or human remains is not necessary under s. 182(b) and that the indignities must be offered to the dead body or human remains (as opposed to monuments *per se*). How-

bales ou lieux de sépulture, commis une indignité envers des restes humains au sens de l'al. 182b) du *Code criminel*.

Le juge Catzman a reconnu qu'il n'y avait pas eu de contact physique direct avec les cadavres en l'espèce. Cependant, il a rejeté comme sophisme l'argument de l'intimé selon lequel il avait commis une indignité envers les pierres tombales à titre de symboles juifs et non envers des restes humains. Il a précisé, à la p. 395, que [TRADUCTION] «[l]a fonction d'une pierre tombale est d'indiquer l'endroit où les restes du défunt sont inhumés et de perpétuer le nom et la mémoire de cette personne», et il a conclu:

[TRADUCTION] À mon avis, une personne qui commet une indignité envers des pierres tombales commet de ce fait une indignité envers les restes humains que ces pierres représentent.

... l'«indignité» envisagée par la disposition englobe une conduite déshonorante, scandaleuse ou indigne, des actes abusifs, des actes de profanation ou d'irrespect impitoyable. Tous ces qualificatifs s'appliquent à la conduite de l'[intimé] autant qu'ils s'appliquaient aux indignités physiques décrites dans les décisions publiées.

En conséquence, je souscris à l'opinion du juge du procès qui a affirmé que l'[intimé] avait par ses actes commis une indignité envers des restes humains. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

IV. Analyse

La question en litige porte sur l'interprétation de l'al. 182b) du *Code*. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si la «perpétration d'une indignité» nécessite un contact physique avec des restes humains et si la disposition ne vise que l'indignité commise envers des restes humains ou également celle commise envers des monuments. J'inclus dans la catégorie des monuments les pierres et autres structures placées au-dessus d'une tombe pour marquer la dernière demeure de restes humains, de même que les pierres ou structures commémoratives érigées loin des restes humains. Je conclus qu'un contact physique avec un cadavre ou des restes humains n'est pas nécessaire dans le cadre de l'al. 182b) et que l'indignité doit être

ever, where monuments mark the presence of human remains, offering indignities to the monuments constitutes offering indignities to the human remains that are marked by the monuments.

A. Statutory Interpretation

182. Every one who

. . .

(b) improperly or indecently interferes with or offers any indignity to a dead human body or human remains, whether buried or not,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

The words “interferes with or offers any indignity” reveal that physical interference is a sufficient but not a necessary element of this offence. The use of the disjunctive “or” indicates that interference and the offering of an indignity are different. Furthermore, the use of the word “indignity” indicates that contact with the body is not necessary. Consider the following definitions of “indignity”:

The Oxford English Dictionary (2nd ed. 1989):

1. The quality or condition of being unworthy; unworthiness. In *pl.*, Unworthy qualities; undeserving traits. . . .

2. The quality or condition of being unbecoming, dishonourable, or disgraceful; want or loss of dignity or honour. *b.* Conduct involving shame or disgrace; a disgraceful act. . . .

The Concise Oxford Dictionary (8th ed. 1990):

1 unworthy treatment. 2 a slight or insult. 3 the humiliating quality of something. . . .

commise envers un cadavre ou des restes humains (par opposition aux monuments mêmes). Cependant, dans les cas où un monument indique la présence de restes humains, la perpétration d’une indignité envers un tel monument constitue une indignité envers des restes humains dont la présence est indiquée par ce monument.

A. L’interprétation des dispositions législatives

182. Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas:

. . .

b) commet tout outrage, indécence ou indignité envers un cadavre humain ou des restes humains, inhumés ou non.

L’expression «*interferes with or offers any indignity*» employée dans le texte anglais de cette disposition indique qu’un contact physique est un élément suffisant, mais non nécessaire de l’infraction. L’emploi de la conjonction disjonctive «*or*» fait ressortir la différence entre les termes «*interferes with*» et «*offers*». De plus, l’emploi du terme «*indignité*» indique que le contact avec le cadavre n’est pas nécessaire. Examinons quelques définitions du terme «*indignité*»:

Grand Larousse de la langue française (1975):

2. Caractère de ce qui est indigne, bas, vil . . .

3. Action méprisable ou odieuse commise par quelqu’un.

Dictionnaire Quillet de la langue française (1975):

Outrage, affront. Action odieuse, déshonorante.

Black's Law Dictionary (abridged 5th ed. 1983):

In the law of divorce, a species of cruelty addressed to the mind, sensibilities, self-respect, or personal honor of the subject, rather than to the body.

The ordinary sense of "indignity" clearly does not require any physical contact with a body.

It should be noted that the French text does not include physical interference: "*commet tout outrage, indécence ou indignité*". This makes my claim that physical contact is not necessary even stronger.

The words "whether buried or not" also reveal that physical contact is a sufficient but not a necessary element of this offence. Parliament clearly contemplated the offering of indignities taking place when the body or human remains were buried. That is, Parliament contemplated the offering of indignities to human remains separated from an accused by six feet of dirt.

The words "whether buried or not" also indicate that Parliament did not intend to catch interfering with or offering indignities to monuments *per se* — monuments are not buried. However, in cases involving buried remains but not involving physical contact with those remains, it would be impossible to distinguish between indignities being offered to the grave site or the monument marking the human remains and indignities being offered to the actual human remains. Therefore, I believe that it is reasonable to assume that Parliament intended that indignities offered to the grave site and the monument marking the human remains should be considered indignities offered to the human remains.

On the basis of this exercise of statutory interpretation, I conclude that: (1) s. 182(b) does not require physical interference or contact with a dead body or human remains; and (2) s. 182(b) does not apply to offering indignities to monuments *per se*;

Black's Law Dictionary (abrégé, 5^e éd. 1983):

[TRADUCTION] Dans le droit du divorce, un type de cruauté envers l'esprit, les sensibilités, la dignité personnelle ou l'honneur personnel du sujet, plutôt qu'envers le corps.

De toute évidence, le sens ordinaire du terme «indignité» ne nécessite pas un contact physique avec un corps.

Il y a lieu de signaler que l'expression «commet tout outrage, indécence ou indignité» n'implique aucun contact physique, ce qui vient appuyer ma conclusion selon laquelle il n'est pas nécessaire qu'il y ait un contact physique.

L'expression «inhumés ou non» montre aussi qu'un contact physique est un élément suffisant, mais non nécessaire de cette infraction. Le législateur a clairement envisagé qu'il pouvait y avoir perpétration d'une indignité dans le cas où le cadavre ou des restes humains sont inhumés. En d'autres termes, le législateur a envisagé qu'il pouvait y avoir perpétration d'une indignité même s'il y avait six pieds de terre entre les restes humains et l'accusé.

L'expression «inhumés ou non» indique aussi que le législateur ne visait pas la perpétration d'une indignité envers un monument comme tel — on n'enterre pas un monument. Cependant, lorsqu'il s'agit de restes humains inhumés mais qu'il n'y a pas eu de contact physique avec ces restes, il serait impossible d'établir une distinction entre une indignité commise envers la tombe même ou le monument indiquant la présence de restes humains, et une indignité commise envers des restes humains comme tels. Par conséquent, à mon avis, il est raisonnable de supposer que le législateur a eu l'intention qu'une indignité commise envers la tombe et le monument indiquant la présence de restes humains devrait être considérée comme une indignité envers des restes humains.

À partir de cette interprétation législative, j'arrive aux conclusions suivantes: (1) l'al. 182b) n'exige pas qu'il y ait contact physique avec un cadavre humain ou des restes humains; (2) l'al. 182b) ne s'applique pas lorsqu'une personne com-

however, (3) s. 182(b) does apply to offering indignities to monuments that mark human remains because to offer indignities to such monuments is to offer indignities to the remains themselves.

Unlike the respondent, I do not think that this interpretation is impermissibly vague — the courts can give it clear content. Nor do I think that this interpretation is overbroad — it does not include showing disrespect to a memorial plaque or a photo of the deceased hundreds of kilometres from the human remains. It is confined to human remains and grave sites and monuments that mark the final resting place of human remains.

B. *Application of the Statutory Interpretation to the Facts*

The respondent offered indignities to human remains contrary to s. 182(b) of the *Criminal Code*. He went to the grave sites of specific identified Jewish individuals and choreographed and took neo-Nazi photographs using props and a “model” whom he had brought to the cemetery. His conduct *in toto* constituted acts of defilement and callous disrespect towards the remains of the individuals buried under the monuments that feature so prominently in his photographs. Doing what he did with and to the monuments placed on the graves constituted offering indignities to the remains buried below.

If there had been no remains (e.g., if the respondent had chosen to take neo-Nazi photographs at the Washington Memorial to the victims of the Holocaust), then his conduct would have been reprehensible but not criminal under s. 182(b). However, in the case at bar, the monuments marked the final resting place of human remains and his conduct can and should be characterized as being

met une indignité envers un monument comme tel; (3) cependant, l'al. 182b) s'applique lorsqu'une personne commet une indignité envers un monument qui indique la présence de restes humains parce que, dans ce cas, l'indignité vise les restes humains mêmes.

Contrairement à l'intimé, je ne crois pas que cette interprétation soit d'une imprécision inacceptable — les tribunaux peuvent y attribuer un contenu clair. Je ne crois pas non plus que cette interprétation soit trop générale — elle ne vise pas un manque de respect envers une plaque commémorative ou une photo d'une personne décédée qui se trouve à des centaines de kilomètres des restes humains en question. Cette interprétation ne vise que les restes humains, ainsi que les tombes et les monuments qui indiquent la dernière demeure de restes humains.

B. *Application de l'interprétation législative aux faits de l'espèce*

L'intimé a commis une indignité envers des restes humains en contravention de l'al. 182b) du *Code criminel*. Il s'est rendu à la tombe de membres spécifiques de la communauté juive; il a fait la composition des scènes et a pris des photos de style néo-nazi à l'aide d'accessoires et d'un «modèle» qu'il avait amenés au cimetière. L'ensemble de sa conduite constituait des actes de profanation et d'irrespect impitoyable envers les restes de personnes inhumées sous le monument que l'on voit bien sur les photos. Ce que l'intimé a fait avec les monuments placés sur les tombes en question constituait la perpétration d'une indignité envers les restes humains qui y étaient inhumés.

S'il n'y avait pas eu de restes humains (par exemple, si l'intimé avait choisi de prendre des photos de style néo-nazi au Monument Washington consacré aux victimes de l'Holocauste), sa conduite aurait été répréhensible, mais n'aurait pas constitué une infraction criminelle visée à l'al. 182b). Cependant, en l'espèce, les monuments indiquaient le lieu de la dernière demeure de restes humains; on peut et devrait considérer que la conduite de l'intimé était dirigée vers ces restes

directed at those remains and thus reprehensible as well as criminal under s. 182(b).

At this point, I would like to respond to the respondent's claim that he offered indignities to Jewish people in general as opposed to the remains of any specific Jewish individuals. This claim is not supported by the trial judge's reasons. For example, the trial judge explicitly said: "Nor am I left with any doubt that the accused intended to offer an indignity to the human remains of [S.L.]" This is a finding of fact made by a trial judge about the intent of the respondent. There is no reason for this Court to disturb this finding of fact.

In any event, it does not matter whether the respondent's claim is true. If he used an individual Jewish person's monument, grave site, and human remains as a means to the end of offering indignities to Jewish people in general, then he is guilty.

C. Amending the Indictment

It was recognized at the oral hearing in the case at bar that there was a problem with two of the three charges upon which the respondent was convicted. These charges read as follows:

3. And further, on or about the same time and place, in the said Region, unlawfully did indecently offer an indignity to the human remains of [S.L.], by photographing a young male in front of the headstone while the male was exposing his penis towards the stone wearing a T-shirt inscribed Fuck off and Die, contrary to the provisions of Section 182(b) of the Criminal Code of Canada.

4. And further, on or about the same time and place, in the said Region, unlawfully did indecently offer an indignity to the human remains of [N.S.], by photographing a young male sitting on the headstone urinating and holding a Nazi style bayonet in front of the deceased [*sic*] name, contrary to the provisions of Section 182(b) of the Criminal Code of Canada.

For this Court to enter convictions on these charges would be to imply that photographing a young male offering indignities to human remains

humains, et qu'elle est en conséquence répréhensible et criminelle en vertu de l'al. 182b).

J'aimerais maintenant répondre à la prétention de l'intimé, qui dit avoir commis une indignité envers l'ensemble des Juifs et non envers les restes de personnes juives en particulier. Les motifs du juge du procès n'appuient pas cette prétention. Par exemple, il a explicitement affirmé: [TRADUCTION] «Je n'ai aucun doute non plus que l'accusé a eu l'intention de commettre une indignité envers les restes humains de [S.L.].» C'est une conclusion de fait rendue par le juge du procès relativement à l'intention de l'intimé. Notre Cour n'a aucun motif de la modifier.

Quoi qu'il en soit, il importe peu de savoir si la prétention de l'intimé est exacte. S'il s'est servi du monument, de la tombe et des restes humains d'une personne juive comme moyen de commettre une indignité envers l'ensemble des Juifs, alors il est coupable.

C. La modification de l'acte d'accusation

Lors de l'audience, on a reconnu que deux des trois chefs d'accusation relativement auxquels l'intimé a été déclaré coupable posaient un problème:

[TRADUCTION]

3. De plus, environ à la même heure et au même endroit, dans ladite région, d'avoir illégalement, en contravention de l'al. 182b) du Code criminel du Canada, commis une incécence ou indignité envers les restes humains de [S.L.], en photographiant devant la pierre tombale un jeune homme vêtu d'un t-shirt portant l'inscription «*Fuck off and Die*» qui pointait son pénis vers la pierre tombale.

4. De plus, environ à la même heure et au même endroit, dans ladite région, d'avoir illégalement, en contravention de l'al. 182b) du Code criminel du Canada, commis une incécence ou indignité envers les restes humains de [N.S.], en photographiant sur la pierre tombale un jeune homme assis qui urinaît et tenait une baïonnette de type nazi devant le nom du défunt.

En déclarant l'intimé coupable de ces chefs d'accusation, notre Cour se trouverait implicitement à dire que photographier un jeune homme en train de

itself constitutes offering an indignity to human remains. This is not an acceptable implication. If it were, then a newspaper reporter who happened upon the scene and took photographs of the respondent and S.B. would be guilty of offering indignities to human remains. I think that it is clear that Parliament did not intend such conduct to be captured by this section of the *Criminal Code*.

However, it was proven at trial that the respondent did more than simply take photographs. He organized the photographic session, provided the props, and directed S.B.'s actions. He choreographed the entire event and thus he offered indignities to human remains.

Therefore, the charge should have been amended at trial or at the Court of Appeal to conform with the evidence and to describe fully the activities that constituted the offence.

Fortunately, the problem with the charge is soluble. According to s. 683(1)(g) of the *Criminal Code*, the Court of Appeal may, where it considers it in the interests of justice, amend the charge, unless it is of the opinion that the accused has been misled or prejudiced in his defence or appeal. According to s. 695(1), the Supreme Court of Canada may make any order that the Court of Appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

It is clearly in the interests of justice to amend the charge to conform with the evidence and to describe fully the activities that constituted the offence. Furthermore, the respondent at the oral hearing conceded that he had not been misled or prejudiced in his defence or appeal by the charges and would not be prejudiced by the amendments.

Accordingly, acting under ss. 683(1)(g) and 695(1) of the *Criminal Code*, I amend two of the

commettre une indignité envers des restes humains constitue en soi la perpétration d'une indignité envers des restes humains. Cette proposition implicite n'est pas acceptable. Si elle l'était, un journaliste qui aurait vu la scène et aurait photographié l'intimé et S.B. serait coupable d'avoir commis une indignité envers des restes humains. À mon avis, il est clair que le législateur n'avait pas l'intention que la disposition en cause du *Code criminel* vise ce genre de conduite.

Toutefois, il a été établi au procès que l'intimé a fait davantage que prendre des photos. Il a planifié la séance de photographie, fourni les accessoires et dirigé les actes de S.B. Il a composé l'ensemble des scènes à photographier et a ainsi commis une indignité envers des restes humains.

En conséquence, l'acte d'accusation aurait dû être modifié au procès ou par la Cour d'appel, de manière à ce qu'il corresponde aux éléments de preuve et décrive pleinement les activités constitutives de l'infraction.

Heureusement, il est possible de résoudre ce problème. En vertu de l'al. 683(1)(g) du *Code criminel*, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice, modifier l'acte d'accusation, à moins qu'elle ne soit d'avis que l'accusé a été induit en erreur ou qu'il a subi un préjudice dans sa défense ou son appel. Conformément au par. 695(1), la Cour suprême du Canada peut rendre toute ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et établir toute règle ou rendre toute ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

De toute évidence, il est dans l'intérêt de la justice que l'acte d'accusation soit modifié de façon qu'il corresponde aux éléments de preuve et décrive pleinement les activités constitutives de l'infraction. En outre, l'intimé a admis, à l'audience, qu'il n'a pas été induit en erreur ou qu'il n'a pas subi de préjudice dans sa défense ou son appel, et qu'il ne subirait pas de préjudice du fait des modifications.

En conséquence, en me fondant sur l'al. 683(1)(g) et le par. 695(1) du *Code criminel*, je

three charges upon which the respondent was convicted as follows:

3. And further, on or about the same time and place, in the said Region, unlawfully did indecently offer an indignity to the human remains of S.L., by photographing a young male in front of the headstone while the male was exposing his penis towards the stone wearing a T-shirt inscribed Fuck off and Die **and by supplying the props and directing the actions of the young male (i.e., choreographing the event)**, contrary to the provisions of Section 182(b) of the Criminal Code of Canada.

4. And further, on or about the same time and place, in the said Region, unlawfully did indecently offer an indignity to the human remains of N.S., by photographing a young male sitting on the headstone **simulating urinating and holding a Nazi style bayonet in front of the deceased's name and by supplying the props and directing the actions of the young male (i.e., choreographing the event)**, contrary to the provisions of Section 182(b) of the Criminal Code of Canada.

V. Disposition

First, acting under ss. 683(1)(g) and 695(1) of the *Criminal Code*, I amend charges three and four against the respondent as set out above. I direct that the amendment shall be endorsed on the charge as part of the record.

Second, I conclude that s. 182(b) of the *Criminal Code* does not require physical interference and it does not capture offering indignities to monuments to the dead that do not mark the final resting place of human remains. However, it does capture offering indignities to monuments to the dead that mark the final resting place of human remains. The conduct in the case at bar constituted offering indignities to human remains under s. 182(b) of the *Criminal Code*. I therefore allow the appeal, set aside the acquittals of the Court of Appeal, and reinstate the convictions of the trial judge.

Appeal allowed.

modifie deux des trois actes d'accusation relativement auxquels l'intimé a été déclaré coupable:

3. De plus, environ à la même heure et au même endroit, dans ladite région, d'avoir illégalement, en contravention de l'al. 182b) du Code criminel du Canada, commis une indécence ou indignité envers les restes humains de S.L., en photographiant devant la pierre tombale un jeune homme vêtu d'un t-shirt portant l'inscription «*Fuck off and Die*» qui pointait son pénis vers la pierre tombale, **et en fournissant les accessoires nécessaires et dirigeant les actes du jeune homme (la composition des scènes).**

4. De plus, environ à la même heure et au même endroit, dans ladite région, d'avoir illégalement, en contravention de l'al. 182b) du Code criminel du Canada, commis une indécence ou indignité envers les restes humains de N.S., en photographiant sur la pierre tombale un jeune homme assis qui faisait semblant d'uriner et tenait une baïonnette de type nazi devant le nom du défunt, **et en fournissant les accessoires nécessaires et dirigeant les actes du jeune homme (la composition des scènes).**

V. Dispositif

Premièrement, en conformité avec l'al. 683(1)(g) et du par. 695(1) du *Code criminel*, je modifie les chefs d'accusation trois et quatre déposés contre l'intimé comme je l'ai indiqué. J'ordonne que la modification soit inscrite sur l'acte d'accusation de manière à faire partie du dossier.

Deuxièmement, je conclus que l'al. 182b) du *Code criminel* n'exige pas qu'il y ait contact physique et ne vise pas la perpétration d'une indignité envers des monuments élevés à la mémoire des morts qui n'indiquent pas la dernière demeure de restes humains. Il vise cependant la perpétration d'une indignité envers des monuments qui indiquent la dernière demeure de restes humains. L'intimé, par sa conduite, a commis une indignité envers des restes humains aux termes de l'al. 182b) du *Code criminel*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les acquittements inscrits par la Cour d'appel et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées par le juge du procès.

Pourvoi accueilli.

*Solicitor for the appellant: The Attorney
General for Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the respondent: Burke-Robertson,
Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Burke-Robertson,
a Ottawa.*

Douglas James Whittle Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. WHITTLE

File No.: 23466.

1994: February 25; 1994: September 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Waiver — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines and informed of his right to counsel — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to counsel — Accused indicating that he did not wish to speak to counsel and making additional statements — Accused later exercising his right to counsel but continuing to make statements to police — Whether statements obtained in violation of accused's right to counsel — Whether waiver valid — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines and informed of his right to remain silent — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to remain silent — Accused making additional statements to police despite counsel's advice to remain silent — Whether statements obtained in violation of accused's right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Douglas James Whittle Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. WHITTLE

N^o du greffe: 23466.1994: 25 février; 1994: 1^{er} septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé indiquant qu'il ne souhaite pas parler à un avocat et faisant d'autres déclarations — Accusé exerçant par la suite son droit à l'assistance d'un avocat, mais continuant de faire des déclarations à la police — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Y a-t-il eu renonciation valide? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit de garder le silence — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit de garder le silence — Accusé faisant de nouvelles déclarations à la police malgré le conseil de son avocat de garder le silence — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Criminal law — Evidence — Confessions — Voluntariness — Mental state of accused — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines — Accused telling police he wanted to talk and admitting on several occasions he was responsible for a murder and three robberies — Whether accused's statements admissible — Operating mind test.

Criminal law — Appeals — Crown appeal — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and ordering new trial — Supreme Court not precluded from disposing of appeal on question of law alone if Court of Appeal's decision based on mixed law and fact — Court of Appeal having jurisdiction under s. 676(1)(a) of Criminal Code to decide Crown's appeal even if it may have exceeded it.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused's inculpatory statements to police excluded by trial judge — Crown declining to call further available evidence after adverse ruling and accused acquitted — Statements found to have been wrongly excluded on appeal — Court of Appeal concluding that Crown sincerely believed remaining evidence not of sufficient probative force to constitute prima facie case against accused — Court of Appeal not erring in applying s. 686(4)(b)(i) of Criminal Code to set aside acquittal and order new trial.

The accused was arrested pursuant to outstanding warrants of committal for unpaid fines and was informed of his right to counsel and cautioned. Prior to the arrest, the police officer had noticed the accused's strange conduct and, at the station, advised the constable in charge of the cells that the accused was mentally unstable. While in his cell, the accused asked to speak to police officers and made several statements indicating that he was responsible for a murder and three robberies. The police, after verifying the accused's information, arrested him for those offences. He was informed of his right to counsel and cautioned. The accused indicated that he understood his rights, but that he did not wish to contact a lawyer. The accused then offered to take the police to where he had discarded the murder weapon. During that trip, he continued to disclose details relating to the murder and the robberies and, on two or three occasions, made unusual comments. On the way back to

Droit criminel — Preuve — Confessions — Caractère volontaire — État mental de l'accusé — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant à maintes reprises être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Les déclarations de l'accusé sont-elles admissibles? — Critère de l'état d'esprit conscient.

Droit criminel — Appels — Appel du ministère public — Cour d'appel annulant l'acquittement de l'accusé et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Possibilité pour la Cour suprême de trancher un pourvoi en fonction d'une question de droit seulement lorsque l'arrêt de la Cour d'appel repose sur des questions mixtes de droit et de fait — La Cour d'appel était compétente en vertu de l'art. 676(1)a) du Code criminel pour statuer sur le pourvoi du ministère public, même si elle a pu excéder cette compétence.

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Juge du procès écartant les déclarations incriminantes de l'accusé à la police — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve disponibles à la suite de cette décision défavorable et accusé acquitté — Déclarations jugées en appel avoir été écartées à tort — Cour d'appel concluant que le ministère public avait sincèrement cru que les autres éléments de preuve disponibles n'avaient pas une force probante suffisante pour constituer une preuve prima facie de la culpabilité de l'accusé — Cour d'appel n'ayant pas commis d'erreur en appliquant l'art. 686(4)b)(i) du Code criminel pour annuler l'acquittement et ordonner la tenue d'un nouveau procès.

L'accusé, arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a reçu une mise en garde. Avant l'arrestation, le policier avait constaté que l'accusé se comportait étrangement et, au poste de police, il a signalé à l'agent du bloc cellulaire que l'état mental de l'accusé était instable. Alors qu'il se trouvait dans sa cellule, l'accusé a demandé à parler à des policiers et leur a fait plusieurs déclarations dans lesquelles il avouait être l'auteur d'un meurtre et de trois vols qualifiés. Après avoir vérifié les renseignements de l'accusé, la police l'a arrêté relativement à ces infractions. Il a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a reçu une mise en garde. L'accusé a indiqué qu'il comprenait ses droits, mais qu'il ne souhaitait pas communiquer avec un avocat. Il a alors offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé de l'arme du crime. Chemin faisant, il a continué de donner des

the station, the accused accepted the police's suggestion that he make a videotaped statement. He was again advised of his rights and, once again, he indicated that he did not wish to speak with a lawyer. The videotaping ceased when the accused decided to consult counsel. The lawyer advised him to remain silent but the accused told him that he needed to talk to the police in order to stop the voices in his head. After speaking with the lawyer, the accused indicated to the police that he still wished to continue with the videotaped statement and confessed to the murder. Over the course of his hour-long statement, the accused also made several bizarre comments. After the videotaped statement, the accused offered to take the police to the place where he had discarded the victim's wallet. The wallet was eventually found in that location. Later, while being transported to a different police station, the accused provided further details of the murder. He had been given another opportunity to consult counsel before being transported. Prior to trial, the accused underwent psychiatric examination the results of which supported his fitness to stand trial. Upon his return from the 30-day examination, the accused again spoke to the police even though his lawyer had advised him not to do so.

At the accused's trial on a charge of first degree murder, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the statements. Both defence and Crown psychiatrists testified that the accused suffers from schizophrenia and that a common symptom of this illness is auditory hallucination. According to the defence psychiatrist's evidence, the accused was aware of what he was saying and what was said to him and of the court process. He was also fit to instruct counsel but, because of the voices in his head that were telling him to unburden himself, he did not care about the consequences. Ruling on the *voir dire*, the trial judge found that, based solely on the traditional "operating mind" test, the accused's inculpatory statements were voluntary in the traditional sense but that they should be excluded because the accused's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. The trial judge accepted the defence psychiatrist's evidence and concluded that the accused's psychological condition prevented him from an awareness of the consequences which would flow from giving the statements, and that this inability to appreciate what was at stake nullified any alleged waiver of his right to counsel. The statements made by the accused after the psychiatric evalua-

détails sur le meurtre et les vols qualifiés et a fait des remarques étranges à deux ou trois occasions. En revenant au poste de police, l'accusé a accepté la proposition de la police de faire une déclaration sur bande vidéo. Il a de nouveau été informé de ses droits et a indiqué encore une fois qu'il ne souhaitait pas s'entretenir avec un avocat. L'enregistrement sur bande vidéo a pris fin lorsque l'accusé a décidé de consulter un avocat. L'avocat lui a recommandé de garder le silence, mais l'accusé lui a dit qu'il avait besoin de parler à la police pour que cessent les voix dans sa tête. Après son entretien avec l'avocat, l'accusé a indiqué à la police qu'il souhaitait encore poursuivre sa déclaration sur bande vidéo et a avoué avoir commis le meurtre. Au cours de cette déclaration d'une heure, l'accusé a également dit plusieurs bêtises. Une fois l'enregistrement de la déclaration terminé, l'accusé a offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé du portefeuille de la victime. Le portefeuille a finalement été découvert à cet endroit. Plus tard alors qu'on l'amenait à un autre poste de police, l'accusé a fourni d'autres détails du meurtre. On lui avait donné une autre possibilité de consulter un avocat avant de l'amener. Avant le procès, l'accusé a subi un examen psychiatrique qui a permis de conclure qu'il était apte à subir son procès. À son retour de l'examen psychiatrique de 30 jours, l'accusé a de nouveau parlé à la police, même si son avocat lui avait recommandé de ne pas le faire.

Au procès de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au premier degré, un *voir-dire* a été tenu afin de déterminer l'admissibilité de ses déclarations. Tant le psychiatre de la défense que celui de la poursuite ont témoigné que l'accusé souffrait de schizophrénie et qu'un symptôme typique de cette maladie était l'hallucination auditive. D'après le témoignage du psychiatre de la défense, l'accusé était conscient de ce qu'il disait et de ce qui lui était dit, ainsi que du processus judiciaire. Il était également apte à donner des instructions à un avocat, mais, comme des voix dans sa tête lui disaient de soulager sa conscience, il ne se souciait pas des conséquences. À l'issue du *voir-dire*, le juge du procès a conclu que, compte tenu du seul critère classique de l'«état d'esprit conscient», les déclarations de l'accusé étaient volontaires au sens traditionnel, mais qu'il y avait lieu de les écarter en raison de la violation des droits que lui garantissait l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a retenu le témoignage du psychiatre de la défense et a conclu que l'état psychologique de l'accusé l'avait empêché d'être conscient des conséquences qu'auraient les déclarations, et que cette incapacité de l'accusé à réaliser ce qui était en jeu avait eu pour effet d'annuler toute pré-

tion were also excluded because they were obtained in violation of s. 10(b). The Crown declined to call further evidence and the accused was acquitted. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. The court found that all the statements were admissible, concluding that the trial judge erred in finding that the accused's s. 10(b) rights had been violated.

Held: The appeal should be dismissed.

The accused's statements were voluntary and were not obtained in a manner that breached his rights under ss. 7 and 10(b) of the *Charter*. The accused had the requisite degree of mental competence to make the choices inherent in the confession rule, the right to silence and the right to counsel. The "operating mind" test, which is an aspect of the confession rule, includes a limited mental component which requires that the accused have sufficient cognitive capacity to understand what he is saying and what is being said. This includes the ability to understand a caution that the evidence can be used against the accused. The same standard applies with respect to the right to silence in determining whether the accused has the mental capacity to make an active choice. In exercising the right to counsel or waiving the right, the accused must possess the limited cognitive capacity that is required for fitness to stand trial. The accused must be capable of communicating with counsel to instruct counsel, and understand the function of counsel and that he can dispense with counsel even if this is not in the accused's best interests. It is not necessary that the accused possess analytical ability. The level of cognitive ability is the same as that required with respect to the confession rule and the right to silence: the accused must have the mental capacity of an "operating mind". On the basis of evidence which the trial judge accepted, the accused's mental condition satisfied the "operating mind" test, including the subjective element, and there was no obligation on the Crown to establish that the accused possessed a higher degree of cognitive capacity. To the extent that the inner voices prompted the accused to speak in apparent disregard of the advice of his counsel and to his detriment, because he did not care about the consequences or felt that he could not resist the urging of the voices, they cannot be the basis for exclusion. Inner compulsion, due to conscience or otherwise, cannot displace the finding of an "operating mind" unless, in combination with conduct of a person in authority, a statement is found to be involuntary. As for the *Charter* rights asserted, once the

tendue renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Les déclarations faites par l'accusé après l'évaluation psychiatrique ont également été écartées parce qu'elles avaient été obtenues d'une manière contraire à l'al. 10b). Le ministère public a refusé de produire d'autres éléments de preuve et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que toutes les déclarations étaient admissibles et que c'est à tort que le juge du procès avait conclu à la violation des droits garantis à l'accusé par l'al. 10b).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les déclarations de l'accusé étaient volontaires et n'ont pas été obtenues d'une manière qui portait atteinte aux droits que lui garantissaient l'art. 7 et l'al. 10b) de la *Charte*. L'accusé avait le degré d'aptitude psychologique requis pour effectuer les choix qui sont inhérents à la règle des confessions, au droit de garder le silence et au droit à l'assistance d'un avocat. Le critère de l'«état d'esprit conscient», qui est une facette de la règle des confessions, comporte un élément psychologique limité selon lequel l'accusé doit avoir une capacité cognitive suffisante pour comprendre ce qu'il dit et ce qui est dit. Cela inclut la capacité de comprendre une mise en garde selon laquelle la déposition pourra être utilisée contre l'accusé. La même norme s'applique à l'égard du droit de garder le silence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé est en mesure psychologiquement de faire activement un choix. En exerçant son droit à l'assistance d'un avocat ou en y renonçant, l'accusé doit avoir la capacité cognitive limitée qui est nécessaire pour être apte à subir son procès. Il doit être en mesure de communiquer avec un avocat pour lui donner des instructions et il doit saisir le rôle de l'avocat et comprendre qu'il peut se passer des services d'un avocat même si ce n'est pas au mieux de ses intérêts. Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait une aptitude analytique. Le degré de capacité cognitive est le même que celui qui est exigé à l'égard de la règle des confessions et du droit de garder le silence: l'accusé doit avoir la capacité mentale qui découle d'un «état d'esprit conscient». Compte tenu de la preuve que le juge du procès a acceptée, l'état mental de l'accusé satisfaisait au critère de l'«état d'esprit conscient», y compris l'élément subjectif, et le ministère public n'était pas tenu de prouver que l'accusé avait un degré plus élevé de capacité cognitive. Dans la mesure où les voix intérieures incitaient l'accusé à parler sans tenir compte, apparemment, de la recommandation de son avocat et à son détriment, parce qu'il ne se souciait pas des conséquences ou qu'il estimait qu'il ne pouvait résister à ces voix, elles ne peuvent justifier l'exclusion. La contrainte intérieure, due à la conscience ou à un autre facteur, ne

“operating mind” test is established, an accused is not exempted from the consequences of his actions absent conduct by the police which effectively and unfairly deprived the suspect of the right.

The trial judge’s decision to exclude the statements was based on an erroneous view that the evidence which he accepted did not satisfy a separate “awareness of the consequences” test. Had he applied the correct instruction in law, he would have found that the test with respect to the requisite state of mind of the accused had been met. In the result, the statements were admissible in that they satisfied the criteria of the confession rule and the accused either waived or availed himself of the right to counsel and chose to speak to the police. With respect to waiver, all the other necessary requirements were met by the Crown and the sole issue was whether the mental element was satisfied. The mental element was satisfied in each of the statements at issue.

Cases Cited

Referred to: *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Nagotcha v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 714; *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *R. v. Lapointe and Sicotte*, [1987] 1 S.C.R. 1253, aff’d (1983), 9 C.C.C. (3d) 366; *Godinez v. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993); *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 “unfit to stand trial” [ad. 1991, c. 43, s. 1], 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 672.23 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 676(1)(a), 686(4)(b)(i).

peut supplanter une conclusion à l’existence d’un «état d’esprit conscient» sauf lorsqu’il est déterminé, à la lumière de la conduite d’une personne en autorité, qu’une déclaration est involontaire. Quant aux droits garantis par la *Charte* qui sont invoqués, une fois qu’il est établi que le critère de l’état d’«esprit conscient» est respecté, l’accusé n’échappe aux conséquences de ses actes que si la conduite de la police a effectivement et inégalement privé le suspect du droit en question.

La décision du juge du procès d’exclure les déclarations se fondait sur l’opinion erronée que la preuve qu’il avait acceptée ne satisfaisait pas à un critère distinct de la «conscience des conséquences». S’il avait appliqué les principes juridiques appropriés, il aurait conclu que l’état d’esprit de l’accusé satisfaisait au critère applicable. En définitive, les déclarations étaient admissibles en ce sens qu’elles satisfaisaient au critère de la règle des confessions et que l’accusé avait renoncé à son droit à l’assistance d’un avocat, ou s’en était prévalu, et avait choisi de parler aux policiers. En ce qui concerne la renonciation, le ministère public a satisfait à toutes les autres exigences et il s’agissait seulement de déterminer si le critère de l’élément psychologique était respecté. Ce critère a été respecté dans chacune des déclarations en cause.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Nagotcha c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 714; *R. c. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *R. c. Lapointe et Sicotte*, [1987] 1 R.C.S. 1253, conf. (1983), 9 C.C.C. (3d) 366; *Godinez c. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993); *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «inaptitude à subir son procès» [aj. 1991, ch. 43, art. 1], 16 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 185 (ann. III, n° 1); abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 672.23 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 676(1)(a), 686(4)(b)(i).

Authors Cited

Weiner, Barbara A. "Mental Disability and the Criminal Law". In Samuel Jan Brakel, John Parry and Barbara A. Weiner, *The Mentally Disabled and the Law*, 3rd ed. Chicago, Ill.: American Bar Foundation, 1985, 693. ^a

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed. ^b

James Lockyer, for the appellant.

David Finley, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by ^c

SOPINKA J. — This appeal concerns the admissibility of statements to the police by an accused person who is alleged to suffer from mental incapacity. Broadly stated, the issue is whether the principle of awareness of the consequences should be applied to exclude statements to the police on the ground of incapacity when that incapacity is not relied on as affecting the accused's fitness to stand trial or on the issue of innocence or guilt. ^d

Facts

On December 22, 1989 Durham Regional Police Forces ("DRPF") investigated the death of Frank Dowson. Police described the incident as accidental, but suspicious. However, after inspecting the scene and interviewing the appellant and another person who resided in the same home as the deceased, the investigation was discontinued and no charges were laid. ^e

On February 6, 1990, at approximately 5:20 p.m., Constable Trimm of the DRPF noted that the appellant had startled two passers-by while he was panhandling on a street in Oshawa. Trimm stopped his vehicle and questioned the appellant who iden- ^f

Doctrine citée

Weiner, Barbara A. «Mental Disability and the Criminal Law». In Samuel Jan Brakel, John Parry and Barbara A. Weiner, *The Mentally Disabled and the Law*, 3rd ed. Chicago, Ill.: American Bar Foundation, 1985, 693.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relatif à une accusation de meurtre au premier degré et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté. ^g

James Lockyer, pour l'appellant.

David Finley, pour l'intimée. ^h

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne l'admissibilité de déclarations faites à des policiers par un accusé qui souffrirait d'incapacité mentale. De manière plus générale, il s'agit de déterminer si le principe de la conscience des conséquences devrait s'appliquer pour écarter ces déclarations pour cause d'incapacité, lorsque l'on ne prétend pas que celle-ci influe sur l'aptitude de l'accusé à subir son procès ni sur la question de son innocence ou de sa culpabilité. ⁱ

Les faits

Le 22 décembre 1989, le service de police régional de Durham («SPRD») a fait enquête sur la mort de Frank Dowson. Les policiers ont conclu que le décès était accidentel, mais suspect. Cependant, après inspection des lieux et interrogation de l'appellant et d'une autre personne qui habitait au même endroit que la victime, l'enquête a pris fin et aucune accusation n'a été portée. ^j

Le 6 février 1990, vers 17 h 20, l'agent Trimm du SPRD a remarqué que l'appellant, qui mendiait dans une rue d'Oshawa, avait effrayé deux passants. Après avoir immobilisé son véhicule, il a questionné l'appellant qui a dit s'appeler Doug

tified himself as Doug Whittle. The officer then conducted a computer check through the Canadian Police Information Centre and discovered three outstanding committal warrants against the appellant which related to unpaid fines for provincial offence convictions. Trimm suspected from the appellant's conduct that he was schizophrenic and the appellant confirmed this when questioned about it. Trimm cautioned the appellant as to his rights and arrested him on the basis of the outstanding warrants. The appellant did not exercise his right to consult counsel. The appellant was then taken by Trimm to a DRPF station where he was placed in a cell. Constable Trimm told the cell officer that the appellant was mentally unstable and noted "very mentally unstable" on the arrest report.

Since the outstanding warrants emanated from the Metro Toronto jurisdiction, the appellant was transported to Metro Police Station, 42 Division at around 6 p.m. Before being placed in a cell at that location, the appellant again declined to make any phone calls. Over the course of the next two hours, the appellant made several statements to the station operator and to the staff sergeant at 42 Division. The first statements indicated that the appellant had been involved in some heavy matters about which he wished to clear the slate. In later conversations with these officers, the statements became more specific, with the appellant indicating that he had been involved in a number of robberies in Windsor. At the point when the statements became more specific, two Metro police detectives were asked by the station operator to speak with the appellant.

Detective Constable Orban spoke with the appellant in his cell. During the course of this conversation, the appellant indicated that he had killed Frank Dowson just before Christmas in 1989 by hitting him on the back of the head with an axe. In addition, the appellant stated that he had been involved in three robberies in Windsor approximately five years earlier. Orban testified that he had dealt with the appellant on prior occasions

Whittle. L'agent a ensuite procédé à une vérification sur le système informatique du Centre d'information de la police canadienne et il a découvert que l'appelant faisait l'objet de trois mandats d'incarcération non exécutés par suite du non-paiement d'amendes imposées relativement à des infractions provinciales. Trimm soupçonnait l'appelant d'être schizophrène en raison de sa conduite, ce que l'appelant a confirmé lorsqu'il a été questionné à ce sujet. Trimm a informé l'appelant de ses droits et il l'a arrêté sur le fondement des mandats non exécutés. L'appelant ne s'est pas prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat. L'agent Trimm a emmené l'appelant à un poste du SPRD, où ce dernier a été mis en cellule. Il a signalé à l'agent du bloc cellulaire que l'état mental de l'appelant était instable et il a noté, dans son rapport d'arrestation, [TRADUCTION] «état mental très instable».

Comme les mandats non exécutés avaient été décernés sur le territoire de la Communauté urbaine de Toronto, l'appelant a été emmené à un poste de police de la division 42 de ce ressort vers 18 heures. Avant d'y être mis en cellule, l'appelant a de nouveau refusé de faire quelque appel téléphonique. Au cours des deux heures qui ont suivi, l'appelant a fait plusieurs déclarations au directeur du poste et au sergent d'état-major. Il est ressorti des premières déclarations que l'appelant avait été mêlé à certaines affaires graves dont il voulait soulager sa conscience. Lors de conversations ultérieures avec ces agents, l'appelant est devenu plus précis et il a dit avoir été mêlé à un certain nombre de vols qualifiés à Windsor. Lorsque les déclarations sont devenues plus précises, le directeur du poste a demandé à deux détectives du service de police de la Communauté urbaine de s'entretenir avec l'appelant.

Le détective Orban a parlé à l'appelant dans sa cellule. Au cours de la conversation, l'appelant a révélé avoir tué Frank Dowson peu avant Noël, en 1989, en le frappant derrière la tête avec une hache. De plus, il a dit qu'il avait participé à trois vols qualifiés commis à Windsor environ cinq ans plus tôt. Orban a témoigné qu'il avait déjà eu affaire à l'appelant lorsque ce dernier avait été expulsé d'une beignerie et trouvé endormi dans

when the appellant had been ejected from donut shops and found sleeping in abandoned cars. Orban characterized the appellant as a "loon", a person whose actions were abnormal, based on the appearance, dress, conduct and manner of speaking of the appellant on prior occasions. Relying on this impression of the appellant, Orban asked his partner that evening, Detective Constable Gillespie, to speak with the appellant, referring to him as "the loon" in the cells. On speaking with Gillespie, the appellant repeated the same facts which he had relayed to Orban. Orban and Gillespie then left the cells in order to attempt to verify the occurrences.

At approximately 8:20 p.m. Orban spoke with someone from the DRPF who indicated that a Frank Dowson had died under suspicious circumstances in Whitby just prior to Christmas. With this confirmation in hand, Orban and Gillespie proceeded to the cells, cautioned the appellant as to his right to counsel and to remain silent, and arrested him for the murder of Frank Dowson. The appellant indicated that he understood his rights, but that he did not wish to contact a lawyer. After Gillespie confirmed the Windsor occurrences, at about 9:10 p.m., he arrested the appellant in relation to those robberies. Again, the appellant was cautioned as to his rights, but he indicated that he did not wish to speak with anyone other than the officers.

Gillespie then questioned the appellant in relation to the axe which he had mentioned in his earlier statement. The appellant told the officers that he had sawed the axe in half and thrown it in a field near Brock St. and Highway 401. The appellant then accompanied Orban and Gillespie to the location which he described where they met with two other officers from DRPF. During the 15-minute car trip to that location, the appellant "talked continuously" about the Windsor offences and the occurrence in Whitby. Although the search was unsuccessful at that point, the axe handle was located during a subsequent search of that area. On the return trip from the area, the appellant continued to disclose details relating to the murder, including the fact that he had disposed of his shoes

une voiture abandonnée. Selon lui, l'appelant était un «timbré», une personne dont les actes étaient anormaux compte tenu de son apparence, de son habillement, de son comportement et de sa façon de s'exprimer. Se fondant sur cette perception de l'appelant, Orban a demandé à son coéquipier, ce soir-là, le détective Gillespie, de parler à l'appelant, en le désignant comme «le timbré» du bloc cellulaire. Lors de son entretien avec Gillespie, l'appelant a relaté les mêmes faits qu'en présence d'Orban. Orban et Gillespie ont ensuite quitté le bloc cellulaire afin de tenter de vérifier si les événements en cause s'étaient produits.

Vers 20 h 20, Orban a parlé à quelqu'un du SPRD qui a indiqué qu'un certain Frank Dowson était mort dans des circonstances suspectes, à Whitby, peu avant Noël. Munis de cette confirmation, Orban et Gillespie sont retournés au bloc cellulaire, ont informé l'appelant de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat et de garder le silence, et ils l'ont arrêté pour le meurtre de Frank Dowson. L'appelant a dit qu'il comprenait quels étaient ses droits, mais qu'il ne souhaitait pas communiquer avec un avocat. Après que Gillespie eût confirmé les événements survenus à Windsor, vers 21 h 10, il a procédé à l'arrestation de l'appelant pour les vols qualifiés. L'appelant a de nouveau été informé de ses droits, mais il a répondu qu'il ne souhaitait parler à personne d'autre qu'aux policiers.

Gillespie a ensuite interrogé l'appelant au sujet de la hache mentionnée dans sa déclaration antérieure. L'appelant a dit aux policiers qu'il l'avait sciée en deux, puis lancée dans un champ près de la rue Brock et de l'autoroute 401. Il a ensuite accompagné Orban et Gillespie à l'endroit en question, où ils ont rencontré deux autres agents du SPRD. Pendant les 15 minutes qu'ils ont mis pour se rendre en auto à cet endroit, l'appelant [TRADUCTION] «parlait sans arrêt» des infractions commises à Windsor et de ce qui s'était produit à Whitby. Les recherches ont alors été vaines, mais le manche de la hache a été retrouvé par la suite à cet endroit. Pendant le trajet de retour, l'appelant a continué de donner des détails sur le meurtre, dont le fait qu'il s'était ensuite débarrassé de ses chaus-

after the incident and took precautions to avoid leaving fingerprints at the scene. Interspersed with this running discussion by the appellant were a series of two or three incidents in which the appellant stopped talking and made reference to someone being in his brain or having fog in his head. After this, he would continue talking about the incidents in question, as if these digressions had never occurred. Detective Constable Orban testified that it was more what the appellant said than how he said it which indicated to him that certain of the appellant's statements were divorced from reality.

During the return trip from the 401 location, Gillespie suggested that the appellant make a video statement and the appellant indicated that he liked that idea. They proceeded to 4 District Headquarters where videotape facilities were available and Gillespie again advised the appellant of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Once again, the appellant indicated that he did not wish to speak with a lawyer. Taping of the first video commenced at 11:40 p.m. on February 6, 1990. At the outset, the appellant confirmed that he had made statements relating to the commission of serious criminal offences earlier in the evening. Gillespie then questioned the appellant as to whether he wished to consult counsel and, after some discussion, the appellant indicated that he did wish to consult counsel.

Following on this request, Gillespie contacted a defence attorney, Robert Nuttall, on behalf of the appellant. Gillespie spoke first with Nuttall and told him that the appellant had confessed to several serious crimes. Nuttall agreed to speak with the appellant and testified that he had advised the appellant to "keep his mouth shut". He also testified that the appellant had told him that he had voices in his head, that he had to talk, that he had a pain in his head and that he could see dead babies' faces in cement. The appellant told Nuttall that he needed to talk to the police in order to stop the voices. After speaking with the appellant, Nuttall was convinced that the appellant would speak with authorities against his advice. When the appellant

sures et qu'il avait pris soin de ne laisser aucune empreinte digitale sur les lieux. À deux ou trois occasions, l'appelant a interrompu le flot de la conversation pour dire qu'il y avait quelqu'un dans son cerveau ou qu'il avait les idées embrouillées. Il reprenait ensuite son récit, comme si les digressions n'avaient jamais eu lieu. Le détective Orban a témoigné que c'était davantage ce que l'appelant disait que la façon dont il s'exprimait qui lui ont permis de conclure que certaines déclarations de l'appelant décollaient de la réalité.

En revenant de l'endroit situé près de l'autoroute 401, Gillespie a proposé à l'appelant de faire une déclaration sur bande vidéo et l'appelant a répondu qu'il aimait cette idée. Ils se sont rendus aux quartiers généraux du district 4, qui étaient dotés d'installations d'enregistrement sur bande vidéo, et Gillespie a de nouveau informé l'appelant des droits que lui conférait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Encore une fois, l'appelant a répondu qu'il ne souhaitait pas parler à un avocat. L'enregistrement de la première bande vidéo a débuté à 23 h 40, le 6 février 1990. D'entrée de jeu, l'appelant a confirmé qu'il avait fait, plus tôt au cours de la soirée, des déclarations concernant la perpétration d'infractions criminelles graves. Gillespie a ensuite demandé à l'appelant s'il désirait consulter un avocat et, après discussion, l'appelant a répondu par l'affirmative.

À la suite de cette demande, Gillespie a communiqué, au nom de l'appelant, avec un avocat de la défense, M^e Robert Nuttall. Gillespie a parlé le premier avec M^e Nuttall et lui a dit que l'appelant avait avoué avoir commis plusieurs crimes graves. Maître Nuttall a accepté de discuter avec l'appelant et il a témoigné qu'il avait alors recommandé à son client de [TRADUCTION] «la boucler». Il a également témoigné que l'appelant lui avait dit qu'il entendait des voix dans sa tête, qu'il devait parler, qu'il ressentait une douleur à la tête et qu'il pouvait voir le visage de bébés morts dans le ciment. L'appelant a dit à M^e Nuttall qu'il avait besoin de parler à la police pour que les voix cessent. À l'issue de son entretien avec l'appelant,

turned the phone over to Gillespie, Nuttall indicated that he agreed with Gillespie's characterization of the appellant as a "loon" or a "nutbar" and that he was sure that the appellant would speak with the authorities, in spite of Nuttall's advice to the contrary. Nuttall also told Gillespie that any other officers who wished to speak with the appellant should contact Nuttall before doing so.

As predicted by Nuttall, the appellant indicated that he still wished to continue with the video statement. In the result, a second video statement was initiated at 12:21 a.m. on February 7, 1990. This statement lasted approximately one hour. At the outset, the appellant stated that he had not committed the offences described in the committal warrants and alleged "somebody has used my name". He described his reason for coming to the police as the result of "crackin' in [his] mind" and his resulting inability to live in society any longer. When reminded of the exercise of his right to counsel, the appellant acknowledged that he was informed that he had the right not to speak with the police, but that he wanted to talk to them anyway. Further, he indicated that he understood that it would be up to a judge whether or not his statements would be used in making a decision about him. After some prompting by Gillespie, the appellant repeated the details relating to the death of Frank Dowson which he had relayed earlier. Throughout the video statement the appellant made comments such as "I'm just ah, feel like I got snow in my head", "I feel like I got [other people's] brains on me . . . So they're always tryin' a' think out a' me . . . And every time I say somethin', unless I been asked a question, I can't think above them . . . we're both bein' punished", and "I managed to, ah, come up with this idea to walk backwards to New Brunswick . . . That would exercise me back to normal". When asked whether he had been forced to say anything, the appellant indicated that he was uncertain whether he had been manipulated into it in that "somebody maybe plotted murder in this life and they picked me to do it for them, right?". The appellant also stated that he had always wanted to die, but that he had never

M^e Nuttall était convaincu que l'appelant parlerait aux autorités, malgré ses recommandations. Lorsque l'appelant a remis le combiné à Gillespie, M^e Nuttall a dit à ce dernier qu'il était d'accord avec lui pour dire que l'appelant était «timbré» ou «cinglé» et qu'il était certain qu'il parlerait aux autorités malgré sa recommandation de ne pas le faire. Maître Nuttall a également dit à Gillespie que si d'autres agents voulaient parler à l'appelant, ils devraient préalablement communiquer avec lui.

Comme M^e Nuttall l'avait prévu, l'appelant a indiqué qu'il souhaitait encore poursuivre sa déclaration sur bande vidéo. En définitive, l'enregistrement d'une deuxième déclaration a débuté à 0 h 21, le 7 février 1990. La déclaration a duré environ une heure. Au début, l'appelant a dit qu'il n'avait pas commis les infractions mentionnées dans les mandats d'incarcération et il a prétendu que [TRADUCTION] «quelqu'un s'[était] servi de [s]on nom». Il a dit qu'il s'était adressé à la police parce qu'il était [TRADUCTION] «en train de devenir fou» et que, pour cette raison, il n'était plus capable de vivre en société. Lorsqu'on lui a rappelé qu'il s'était prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat, l'appelant a reconnu qu'il avait été informé de son droit de ne pas parler aux policiers, mais qu'il voulait leur parler de toute façon. En outre, il a dit qu'il comprenait qu'il appartiendrait à un juge de décider si ses déclarations seraient utilisées pour prendre une décision à son sujet. À l'instigation de Gillespie, l'appelant a répété les détails qu'il avait fournis précédemment au sujet de la mort de Frank Dowson. Pendant toute la durée de la déclaration sur bande vidéo, l'appelant a fait des remarques du genre [TRADUCTION] «C'est comme si, euh, j'avais de la neige dans la tête», «J'ai l'impression que les cerveaux [d'autres personnes] agissent sur le mien [. . .] et qu'ils essaient toujours de penser à travers moi [. . .] Et chaque fois que je dis quelque chose, à moins qu'on ne m'ait posé une question, je ne puis penser indépendamment d'eux [. . .] nous sommes tous deux punis» et «Je suis arrivé, euh, à avoir l'idée de marcher à reculons jusqu'au Nouveau-Brunswick [. . .] Cela me permettrait de redevenir normal». Lorsqu'on lui a demandé s'il avait été forcé de dire quoi que ce soit, l'appelant a répondu qu'il n'était pas certain d'avoir été mani-

been able to and that he intended to stay on his tippy-toes regardless of whether anyone liked it.

After the video statement was taken the appellant volunteered to take Detective Constables Urban and Gillespie to the place where he claimed to have disposed of the wallet of Frank Dowson. Although the wallet was not located on the trip to the ravine that night, it was located by Urban and Gillespie in that area some time over the next two days. When found the wallet contained \$800 in cash and at least one credit card bearing the name Frank Dowson.

Urban and Gillespie transported the appellant back to 42 Division, Metro Toronto Police Force. At about 4:10 p.m., Detective Constables Carroll and Chambers of the DRPF spoke with the appellant in an interview room at 42 Division. The appellant was arrested for the first degree murder of Frank Dowson and cautioned as to his *Charter* rights, which the appellant indicated that he understood. The appellant did not exercise his right to counsel. Although there had been some indication by members of the Metro Toronto Police Force that Chambers and Carroll should contact the appellant's lawyer, they proceeded to transport the appellant back to 17 Division DRPF in Oshawa without doing so. During the drive back to 17 Division, the appellant responded to questioning by Chambers, providing the details of the death of Frank Dowson, including what Dowson was wearing, the amount of cash in his wallet and the fact that the appellant had hit him in the head with the blunt side of an axe. The appellant also indicated that after he hit Dowson, he went to a friend's house to purchase drugs.

The appellant's lawyer, Robert Nuttall, testified that he saw the appellant on or about February 8 and 16, 1990. At this point, the behaviour of the appellant was judged by Nuttall to be quite bizarre. As a result, Nuttall consented to the appellant

pulé du fait que [TRADUCTION] «quelqu'un a peut-être comploté en vue de commettre un meurtre dans cette vie et m'a choisi pour le faire à sa place, n'est-ce pas?». Il a ajouté qu'il avait toujours voulu mourir, mais qu'il n'y était jamais arrivé et qu'il comptait demeurer sur ses gardes que ça plaise ou non aux autres.

Une fois l'enregistrement de la déclaration terminé, l'appelant a offert de conduire les détectives Urban et Gillespie à l'endroit où, disait-il, il s'était débarrassé du portefeuille de Frank Dowson. Bien que le portefeuille n'ait pas été retrouvé dans le ravin ce soir-là, Urban et Gillespie l'ont découvert dans les environs le lendemain ou le surlendemain. Le portefeuille renfermait alors 800 \$ en espèces et au moins une carte de crédit portant le nom de Frank Dowson.

Urban et Gillespie ont ramené l'appelant à la division 42 du service de police de la Communauté urbaine de Toronto. Vers 16 h 10, les détectives Carroll et Chambers du SPRD s'y sont entretenus avec l'appelant dans une salle d'interrogatoire. L'appelant a été mis en état d'arrestation pour le meurtre au premier degré de Frank Dowson et il a été informé des droits que lui conférait la *Charte*, ce que l'appelant a dit comprendre. L'appelant ne s'est pas prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat. Bien que des membres du service de police de la Communauté urbaine de Toronto aient indiqué à Chambers et Carroll qu'ils devraient communiquer avec l'avocat de l'appelant, ces derniers ont entrepris de ramener l'appelant à la division 17 du SPRD, à Oshawa, sans le faire. Pendant le trajet, l'appelant a répondu aux questions de Chambers, fournissant des détails sur la mort de Frank Dowson, y compris ce que la victime portait, la somme que renfermait son portefeuille et le fait qu'il l'avait frappée à la tête avec la partie non tranchante d'une hache. L'appelant a ajouté qu'après avoir frappé Dowson il s'était rendu chez un ami pour y acheter de la drogue.

L'avocat de l'appelant, M^e Robert Nuttall, a témoigné qu'il avait vu son client les 8 et 16 février 1990, ou vers ces dates. Le comportement de l'appelant lui a alors paru très bizarre. C'est pourquoi il a consenti à ce que l'appelant soit con-

being remanded to the Metropolitan Toronto Forensic Service ("METFORS") facility for psychiatric examination in order to determine whether he was fit to stand trial.

The next contact which Chambers and Carroll had with the appellant was on March 16, 1990 when the appellant was being returned from a 30-day psychiatric assessment. Chambers and Carroll met the appellant on the back stairs of the court house and followed him to the cell block there. The appellant indicated that he wanted to speak to them even though his lawyer had advised him not to. The appellant then stated that there had been no blood around Dowson's mouth after he had hit him, but that when he returned to the scene, Dowson was laying on the floor with blood around his mouth. He also indicated the name and address of the person from whom he claimed to have purchased drugs after the incident in question.

Prior to trial, the appellant underwent psychiatric examination the results of which supported his fitness to stand trial. Apparently for this reason no issue was raised by either the prosecution, the defence or the court as to the appellant's fitness to stand trial. At the commencement of the trial, Crown counsel proposed to introduce into evidence all of the statements made by the appellant to various police officers. In order to deal with the admissibility of this evidence a *voir dire* was held, during which a number of expert witnesses were called. Perhaps the most central testimony came from Dr. Malcolm, who testified for the defence, and Dr. McDonald, who testified for the Crown. Dr. McDonald is a forensic psychiatrist with METFORS who examined the appellant during his 30-day psychiatric assessment in February and March 1990. Dr. Malcolm is also a forensic psychiatrist. Both gave the opinion that the appellant suffers from schizophrenia and that a common symptom of this illness is auditory hallucination. However, Dr. Malcolm testified that the appellant's condition would have been florid at the time of the video statement and that although the appellant may have been rationally aware of the consequences of giving the statement, he was driven to make the statements by the voices in his head. In

fié au Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto pour subir un examen psychiatrique qui permettrait de déterminer s'il était apte à subir son procès.

Chambers et Carroll ont revu l'appelant le 16 mars 1990, à son retour d'une évaluation psychiatrique de 30 jours. Ils l'ont rencontré dans l'escalier arrière du palais de justice et ils l'ont accompagné jusqu'au bloc cellulaire qui s'y trouve. L'appelant leur a dit qu'il souhaitait leur parler même si son avocat lui avait conseillé de ne pas le faire. Il a ensuite déclaré que la victime n'avait pas de sang autour de la bouche après qu'il l'eut frappée, mais que lorsqu'il était retourné sur les lieux, Dowson gisait par terre et avait du sang autour de la bouche. Il a également donné le nom et l'adresse de la personne à laquelle il disait avoir acheté de la drogue après l'incident en question.

Avant le procès, l'appelant a subi un examen psychiatrique qui a permis de conclure qu'il était apte à subir son procès. Il semble que ce soit pour cette raison que ni la poursuite ni la défense ni le tribunal n'ont soulevé la question de l'aptitude de l'appelant à subir son procès. Au début du procès, l'avocat du ministère public a proposé de produire en preuve toutes les déclarations que l'appelant avait faites à différents policiers. Afin de déterminer si ces éléments de preuve étaient admissibles, un *voir-dire* a eu lieu au cours duquel un certain nombre de témoins experts ont été appelés à témoigner. Il appert que les témoignages les plus déterminants ont été ceux du Dr Malcolm, pour la défense, et du Dr McDonald, pour le ministère public. Le Dr McDonald est un psychiatre légiste du Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto, qui a examiné l'appelant lors de l'évaluation psychiatrique de 30 jours effectuée en février et mars 1990. Le Dr Malcolm est également psychiatre légiste. Les deux ont exprimé l'avis que l'appelant souffrait de schizophrénie et qu'un symptôme typique de cette maladie était l'hallucination auditive. Cependant, le Dr Malcolm a témoigné que l'état de l'appelant avait atteint son paroxysme pendant la déclaration sur bande vidéo et que, même si l'appelant avait pu être raisonna-

contrast, Dr. McDonald testified that it was possible that the appellant had been experiencing auditory hallucinations at the time of the video statement, but that there was no specific evidence of that in the tape itself.

Ruling on the *voir dire*, the trial judge concluded that the exculpatory statement made by the appellant on December 22, 1989 was admissible, but that the inculpatory statements made on February 6, 7 and March 16, 1990 were inadmissible. Crown counsel then advised that no further evidence would be called on behalf of the Crown. The trial judge then instructed the jury to deliver a verdict of acquittal and a "not guilty" verdict was returned. The respondent Crown successfully appealed the acquittal of the appellant. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial which would include all of the statements made by the appellant.

Judgments Below

Ontario Court, General Division

In his ruling on the *voir dire*, Clarke J. concluded that the December 22, 1989 statement of the appellant was admissible, but that none of the statements given on February 6, 7 and March 16, 1990 were admissible. With respect to the evidence, he indicated that the opinions of Dr. Malcolm were of greater assistance to him in making sense of the behaviour of the appellant during the video statement since the evidence of Dr. McDonald was more tentative in nature. As such, he stated that to the extent of any conflict between the two doctors, he preferred the evidence of Dr. Malcolm. Turning to the common law of voluntariness, Clarke J. found that the set of statements made in 1990 were voluntary in the "traditional sense", reasoning as follows in that regard:

blement conscient des conséquences de cette déclaration, il était poussé à la faire par les voix qu'il entendait dans sa tête. Par contre, le Dr McDonald a dit qu'il était possible que l'appellant ait été victime d'hallucinations auditives pendant sa déclaration sur bande vidéo, mais que cela ne ressortait pas précisément de l'enregistrement comme tel.

À l'issue du voir-dire, le juge du procès a statué que la déclaration disculpatoire de l'appellant, le 22 décembre 1989, était recevable, mais que les déclarations incriminantes faites les 6 et 7 février et le 16 mars 1990 étaient irrecevables. L'avocat du ministère public a ensuite informé le tribunal qu'il ne produirait aucun autre élément de preuve. Le juge du procès a alors donné au jury la directive de rendre un verdict d'acquiescement, et l'appellant a été déclaré non coupable. Le ministère public intimé en a appelé avec succès de l'acquiescement de l'appellant. La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès où l'on tiendrait compte de toutes les déclarations faites par l'appellant.

Les juridictions inférieures

Cour de l'Ontario, Division générale

Dans la décision qu'il a rendue à l'issue du voir-dire, le juge Clarke a conclu que la déclaration que l'appellant avait faite le 22 décembre 1989 était recevable, mais qu'aucune des déclarations recueillies les 6 et 7 février et le 16 mars 1990 ne l'était. En ce qui concerne la preuve, il a dit que l'avis du Dr Malcolm lui avait été plus utile pour comprendre le comportement de l'appellant pendant la déclaration sur bande vidéo, étant donné que le témoignage du Dr McDonald avait été moins catégorique. Ainsi, il a affirmé que, dans la mesure où les témoignages des deux médecins étaient contradictoires, il accordait sa préférence à celui du Dr Malcolm. Puis, concernant la notion de caractère volontaire en common law, le juge Clarke a conclu que la série de déclarations faites en 1990 étaient volontaires au «sens traditionnel», son raisonnement étant le suivant à ce propos:

As to voluntariness, I am of the view that the 'operating mind' test set out in *R. v. Nagotcha* [[1980] 1 S.C.R. 714], *R. v. Ward* [[1979] 2 S.C.R. 30], and specifically applied in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 366 (O.C.A.) [aff'd [1987] 1 S.C.R. 1253], will one day be expanded to include a separate consideration of the 'awareness of consequences' as set out by Madam Justice Wilson in *R. v. Clarkson* [infra], and not as subsumed into the 'operating mind' test as set out in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (supra).

In my view, though, I am bound by the 'operating mind' test as set out in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (supra), as directed by Mr. Justice Lacourcière. Particularly since the appeal to the Supreme Court of Canada in *R. v. Lapointe and Sicotte*, (supra), was heard, and the grounds and reasoning substantially agreed to, after the decision was rendered by the Supreme Court in *R. v. Clarkson* [infra].

Based solely on the traditional 'operating mind' test, I am satisfied beyond a reasonable doubt that the statements on the videos, February 6th and 7th and thereafter are voluntary in the traditional sense.

Clarke J. concluded that when the December 22, 1989 statement was given, the appellant was not "detained" within the meaning of the *Charter*. As such, he found that that statement was admissible. However, in dealing with the *Charter* issues relating to the statements given in 1990, he found that the appellant was detained both physically in relation to the outstanding warrants and psychologically given the circumstances of the arrest and his mental state at the time. Moreover, Clarke J. concluded that the psychological condition of the appellant prevented him from an awareness of the consequences which would flow from giving the statements in question. Relying on the reasons of Wilson J. in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, Clarke J. concluded that the appellant's inability to appreciate what was at stake nullified any alleged waiver of his s. 10(b) right to counsel. He found that it was incumbent upon the police officers in this case to delay questioning until such time as the appellant was fully aware of the consequences of his statements and could properly retain and instruct counsel. As such, he con-

[TRADUCTION] En ce qui concerne le caractère volontaire, je suis d'avis que le critère de l'«état d'esprit conscient», énoncé dans les arrêts *R. c. Nagotcha* [[1980] 1 R.C.S. 714] et *R. c. Ward* [[1979] 2 R.C.S. 30], et appliqué expressément dans l'arrêt *R. c. Lapointe et Sicotte*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 366 (C.A. Ont.) [conf. par [1987] 1 R.C.S. 1253], sera un jour élargi afin que la «conscience des conséquences» fasse l'objet d'un examen distinct comme l'a exposé le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Clarkson* [infra], et ne soit pas comprise dans le critère de l'«état d'esprit conscient» énoncé dans l'arrêt *R. c. Lapointe et Sicotte*, précité.

À mon avis, toutefois, je suis lié par le critère de l'«état d'esprit conscient» énoncé dans l'arrêt *R. c. Lapointe et Sicotte*, précité, rendue par le juge Lacourcière. D'autant plus que la Cour suprême du Canada a entendu le pourvoi *R. c. Lapointe et Sicotte*, précité, et qu'elle en a accepté pour l'essentiel les motifs et le raisonnement après avoir rendu jugement dans l'affaire *R. c. Clarkson* [infra].

Compte tenu du seul critère classique de l'«état d'esprit conscient», je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que les déclarations sur bande vidéo, recueillies les 6 et 7 février et par la suite, sont volontaires au sens traditionnel.

Le juge Clarke a conclu que l'appelant n'était pas «détenu» au sens de la *Charte* lorsqu'il a fait la déclaration du 22 décembre 1989. Il a donc jugé la déclaration recevable. Cependant, en ce qui concerne les questions de *Charte* relatives aux déclarations faites en 1990, il a statué que l'appelant était détenu physiquement relativement aux mandats non exécutés, et psychologiquement, vu les circonstances de l'arrestation et son état mental à l'époque. En outre, le juge Clarke a conclu que l'état psychologique de l'appelant l'avait empêché d'être conscient des conséquences qu'auraient les déclarations en cause. S'appuyant sur les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, il a statué que l'incapacité de l'appelant de réaliser ce qui était en jeu avait eu pour effet d'annuler toute prétendue renonciation au droit à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10b). Il a décidé qu'en l'espèce il appartenait aux policiers de différer l'interrogatoire jusqu'à ce que l'appelant soit pleinement conscient des conséquences de ses déclarations et qu'il puisse avoir convenablement recours à l'assistance

cluded that the appellant's s. 10(b) rights had been violated and found that, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the appellant's statements of February 6 and 7, 1990 should be excluded because the police knew that the appellant was in no condition to insist on his rights and was not aware of the consequences of waiving those rights. In so concluding, Clarke J. relied on the reasons of Estey J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

Clarke J. then turned to the statements made to Chambers and Carroll of the DRPF on March 16, 1990. He concluded that there was a continuing onus on the police to approach the appellant with caution, especially in view of the fact that he was returning from a psychiatric assessment relating to his fitness to stand trial on the day in question. In his view, Chambers and Carroll did not take sufficient precaution in relation to the appellant's s. 10(b) rights and he concluded that the statement was taken in violation of s. 10(b) and should also be excluded.

In view of the ruling that only the December 22, 1989 statement was admissible in evidence, the respondent declined to call further evidence and the jury was instructed to, and did, deliver a verdict of acquittal.

Ontario Court of Appeal

Goodman J.A. delivered the reasons of himself, McKinlay and Labrosse J.J.A.: (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49. After thoroughly reviewing the evidence, including the expert testimony given on the *voir dire*, the Court of Appeal concluded that during the video statement the appellant did not appear to be acting under any internal or external signs of compulsion. The court reasoned that, based on the expert testimony of Dr. Malcolm that there were no overt signs that the appellant was operating under the compulsion of internal voices during the video statement, the officers in question would not reasonably have been aware if the appellant had been compelled by internal voices. The court noted that the strange utterances of the appellant represented only a small

d'un avocat. Il a donc conclu qu'il y avait eu violation des droits conférés à l'appellant par l'al. 10b) et que, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les déclarations de l'appellant recueillies les 6 et 7 février 1990 devaient être écartées pour le motif que les policiers savaient que l'appellant n'était pas en état de faire valoir ses droits et qu'il ne connaissait pas les conséquences de la renonciation à ceux-ci. Pour tirer cette conclusion, le juge Clarke s'est fondé sur les motifs du juge Estey dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Le juge Clarke a ensuite examiné les déclarations faites à Chambers et Carroll du SPRD, le 16 mars 1990. Il a conclu que les policiers avaient toujours l'obligation de s'adresser à l'appellant avec circonspection, d'autant plus que celui-ci revenait, ce jour-là, d'une évaluation psychiatrique visant à déterminer s'il était apte à subir son procès. Selon lui, Chambers et Carroll n'avaient pas pris des précautions suffisantes quant aux droits que l'al. 10b) garantissait à l'appellant et il a conclu que la déclaration avait été recueillie contrairement à cet alinéa et devait également être écartée.

Vu la décision que seule la déclaration du 22 décembre 1989 était admissible en preuve, l'intimée a refusé de produire d'autres éléments de preuve et le jury a reçu la directive de rendre un verdict d'acquittement, ce qu'il a fait.

Cour d'appel de l'Ontario

Le juge Goodman de la Cour d'appel a rédigé des motifs en son propre nom et en celui des juges McKinlay et Labrosse: (1992), 59 O.A.C. 218, 78 C.C.C. (3d) 49. Après avoir examiné en profondeur la preuve, y compris les témoignages d'experts recueillis lors du *voir-dire*, la Cour d'appel a conclu que, pendant la déclaration sur bande vidéo, l'appellant ne semblait pas agir sous l'empire d'une contrainte intérieure ou extérieure. Se fondant sur la déposition de l'un des témoins experts, le Dr Malcolm, voulant qu'il n'y ait eu aucun signe manifeste que l'appellant agissait sous la contrainte de voix intérieures pendant sa déclaration sur bande vidéo, la cour a déduit que les policiers en cause ne pouvaient raisonnablement savoir que l'appellant agissait sous l'influence de voix inté-

portion of the entire statement and that Dr. Malcolm had testified that in spite of his psychosis, some of the appellant's comments reflected reasonable rationality.

On this basis, the Court of Appeal concurred with the conclusion of Clarke J. that at the time of the video statement the appellant was fully conscious, so that his statements could not be considered involuntary at common law. Moreover, the court concluded that the appellant was fully aware of the consequences of making the statements in question and that even if the appellant was driven by inner voices, this was not compulsion emanating from persons in authority over the appellant. Relying on *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, the Court of Appeal found that the appellant knew the events and circumstances which he wished to relay to police, so that his statement was the product of an operating mind. At the objective level, the court concluded that the police officers cautioned the appellant as to his right to counsel and to silence on numerous occasions and were not aware of any internal compulsion acting upon the appellant.

In relation to the *Charter* issues, the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in relation to two issues. First, the court concluded that the issue of waiver did not arise in relation to the video statements of February 6 and 7, 1990 since the appellant was informed of and exercised his right to counsel at the beginning of the video statement on February 6, prior to making any incriminatory statements. The long statement of February 7, 1990 was made after the appellant had consulted counsel, so that neither his right to be informed of his right to counsel, nor his right to consult counsel had been violated.

Second, the court concluded that Clarke J. erred in finding that the appellant was not aware of the consequences of making a statement because he made a mistake as to the evidence given by Dr.

rieures. La cour a fait remarquer que les propos étranges de l'appelant ne constituaient qu'une infime partie de toute sa déclaration et que le Dr Malcolm avait témoigné que, malgré la psychose dont souffrait l'appelant, certaines de ses observations étaient raisonnablement sensées.

Compte tenu de cela, la Cour d'appel a souscrit à la conclusion du juge Clarke voulant qu'au moment de la déclaration sur bande vidéo l'appelant ait été parfaitement conscient, de sorte que celle-ci ne pouvait être considérée comme involontaire en common law. De plus, la cour a conclu que l'appelant était parfaitement conscient des conséquences des déclarations en question et que, même s'il était guidé par des voix intérieures, il ne faisait pas l'objet d'une contrainte exercée par des personnes en autorité. Invoquant l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, la Cour d'appel a statué que l'appelant connaissait les événements et les circonstances dont il voulait informer les policiers, de sorte que sa déclaration résultait d'un état d'esprit conscient. D'un point de vue objectif, elle a conclu que les policiers avaient, à maintes reprises, informé l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat et au silence, et qu'ils ignoraient que l'appelant agissait sous l'empire d'une contrainte intérieure.

En ce qui concerne les questions de *Charte*, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion que le juge du procès avait commis deux erreurs. Premièrement, elle a décidé que la question de la renonciation ne se posait pas à l'égard des déclarations recueillies sur bande vidéo les 6 et 7 février 1990, vu que l'appelant avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il l'avait exercé au début de l'enregistrement, le 6 février, avant de faire quelque déclaration incriminante. La longue déclaration du 7 février 1990 ayant été faite après que l'appelant eut consulté son avocat, ni son droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat, ni son droit de consulter un avocat n'avaient été violés.

Deuxièmement, la cour a conclu que le juge Clarke avait commis une erreur en statuant que l'appelant n'était pas conscient des conséquences d'une déclaration, parce qu'il avait mal interprété

Malcolm. The court found that Dr. Malcolm had testified that the appellant did understand the consequences of making a statement, but that he did not care about them. As such, the Court of Appeal concluded that the trial judge had erred by confusing not caring about the consequences with not understanding them.

The Court of Appeal found that the officers were not obligated to further caution the appellant in relation to his *Charter* rights prior to confirming that there was some substance to the occurrences described by the appellant in the cells on February 6, 1990. The court concluded that the appellant was properly cautioned as to his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* once confirmation was received. Moreover, the court concluded that the appellant received secondary cautions on a number of other occasions, prior to the making of further statements on February 6, 7 and March 16, 1990. As such, the court found that Clarke J. had erred in law in excluding the statements on the basis that the appellant had not waived his s. 10(b) right to counsel.

With respect to the statements made to Detective Constables Carroll and Chambers, the Court of Appeal concluded that, but for the invalid ruling on waiver, it was not clear whether Clarke J. would have excluded the statement given on February 7, 1990, after the appellant had consulted with counsel. Finally, the Court of Appeal concluded that the statement of March 16, 1990 was also improperly excluded since there was no obligation on Chambers and Carroll to prevent the appellant from making a statement to them, since the appellant had informed them that he had spoken with counsel who had advised against making further statements to police.

As to the question of whether the respondent Crown unreasonably declined to call further evidence, the Court of Appeal concluded that it had not. Even applying the reasons of Martin J.A. in *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), the Court of Appeal found that but for the error of the trial judge the verdict would

le témoignage du Dr Malcolm. Selon la cour, le Dr Malcolm avait dit que l'appelant comprenait les conséquences d'une déclaration, mais qu'il ne s'en souciait pas. Elle a donc conclu que le juge du procès avait commis une erreur en confondant l'indifférence face aux conséquences et la non-compréhension de celles-ci.

La Cour d'appel a conclu que les policiers n'étaient pas tenus de faire une nouvelle mise en garde à l'appelant, relativement aux droits que lui conférait la *Charte*, avant de confirmer que les événements relatés par l'appelant, dans sa cellule, le 6 février 1990, avaient un certain fondement. Elle a dit qu'une fois cette confirmation reçue l'appelant avait été convenablement informé du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10(b) de la *Charte*. Elle a, en outre, statué que l'appelant avait, à un certain nombre d'autres reprises, reçu de nouvelles mises en garde avant de faire d'autres déclarations les 6 et 7 février et le 16 mars 1990. La cour a donc conclu que le juge Clarke avait commis une erreur de droit en écartant les déclarations pour le motif que l'appelant n'avait pas renoncé au droit à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10(b).

En ce qui a trait aux déclarations faites aux détectives Carroll et Chambers, la Cour d'appel a statué que, n'eût été la décision invalide au sujet de la renonciation, il n'était pas évident que le juge Clarke aurait écarté la déclaration faite le 7 février 1990, après que l'appelant eut consulté un avocat. Finalement, elle a conclu que la déclaration du 16 mars 1990 avait également été écartée irrégulièrement, vu que Chambers et Carroll n'étaient pas tenus d'empêcher l'appelant de leur faire une déclaration, celui-ci les ayant informés qu'il avait parlé à un avocat qui lui avait recommandé de ne plus faire de déclarations aux policiers.

Quant à la question de savoir si le ministère public intimé a déraisonnablement refusé de produire d'autres éléments de preuve, la Cour d'appel a conclu que non. Même en appliquant les motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. c. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), elle a conclu que, n'eût été l'erreur du juge du procès,

not necessarily have been the same. As such, the court concluded that, even though there was some evidence available to the respondent Crown apart from the evidence wrongly excluded by the trial judge which would have constituted a *prima facie* case against the appellant, Crown counsel sincerely believed the remaining evidence was not of sufficient probative force to warrant proceeding with the trial. Thus, the court found that the Crown had not unreasonably declined to call further evidence merely in order to appeal the adverse ruling.

Accordingly, the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial.

Issues

1. Were any of the appellant's statements inadmissible in that:
 - (i) they were not voluntary within the terms of the confession rule;
 - (ii) they were obtained in a manner that breached the appellant's s. 10(b) or s. 7 rights under the *Charter*?
2. Did the Court of Appeal exceed its jurisdiction under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, by making findings of fact that were contrary to the findings of fact made by the trial judge?
3. Did the Court of Appeal err in applying s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code* in the circumstances where Crown counsel at trial declined to present substantial evidence resulting in an acquittal?

Analysis

A decision in this case requires a consideration of elements of the confession rule, the right to silence and the right to counsel. While the confession rule and the right to silence originate in the common law, as principles of fundamental justice they have acquired constitutional status under s. 7 of the *Charter*. The right to counsel is a specific

le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Ainsi, elle a jugé que même si le ministère public intimé disposait de certains autres éléments de preuve que ceux qui avaient été écartés à tort par le juge du procès, qui auraient constitué une preuve *prima facie* de la culpabilité de l'appelant, l'avocat du ministère public avait sincèrement cru que les éléments de preuve restants n'avaient pas une force probante suffisante pour justifier la tenue du procès. La cour a donc conclu que le ministère public n'avait pas déraisonnablement refusé de produire d'autres éléments de preuve dans le seul but d'en appeler de la décision défavorable.

En conséquence, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Les questions en litige

1. L'une ou l'autre déclaration de l'appelant était-elle inadmissible du fait:
 - (i) qu'elle n'était pas volontaire au sens de la règle des confessions,
 - (ii) qu'elle a été obtenue d'une manière contraire aux droits que l'al. 10(b) ou l'art. 7 de la *Charte* confère à l'appelant?
2. La Cour d'appel a-t-elle excédé la compétence que lui confère l'al. 676(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en tirant des conclusions de fait contraires à celles du juge du procès?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant le sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel* dans un cas où l'avocat du ministère public avait refusé, au procès, de produire des éléments de preuve substantielle de sorte qu'il en est résulté un acquiescement?

Analyse

Pour statuer en l'espèce, il faut examiner certains éléments de la règle des confessions, du droit de garder le silence et du droit à l'assistance d'un avocat. Bien que la règle des confessions et le droit de garder le silence aient leur origine dans la common law, ils sont, à titre de principes de justice fondamentale, constitutionnalisés à l'art. 7 de la

right expressly recognized in s. 10(b) of the *Charter*. Although each is a distinct right they are inter-related and operate together to provide not only a standard of reliability with respect to evidence obtained from persons suspected of crime who are detained but fairness in the investigatory process. Although the confession rule in its traditional formulation had as its *raison d'être* the reliability of the confession, a strong undercurrent developed which also supported the rule in part on fairness in the criminal process. See *Hebert, supra, per McLachlin J.*, at p. 171. A common element of all three rules is that the suspect has the right to make a choice.

The preoccupation of the common law and *Charter* cases in preserving for the suspect the right to choose has been in relation to state action. Did the action of police authorities deprive the suspect of making an effective choice by reason of coercion, trickery or misinformation or the lack of information? The issue in this case is whether, absent any conduct by the police, the suspect is deprived of the ability to choose by reason of mental incapacity. A finding of incapacity would exempt the suspect from participation in the ordinary processes of investigation.

The significance of this issue is placed in context by considering the regime in place for the trial of persons alleged to suffer from mental disability. By virtue of s. 16 of the *Criminal Code*, persons suffering a disease of the mind in the circumstances defined in that section are exempted from criminal liability and punishment. The section embodies the policy of the law that such persons are sick as opposed to blameworthy and should be treated rather than punished. See *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1336. These persons are not, however, exempt from being tried. Part XX.1 of the *Criminal Code* contains detailed provisions providing for mental assessments by physicians and for determination of the fitness of persons suffering from mental disorders to stand trial.

Charte. Le droit à l'assistance d'un avocat est expressément prévu à l'al. 10b) de la *Charte*. Même s'il s'agit de droits distincts, ils sont étroitement liés et s'appliquent ensemble afin de fournir non seulement une norme de fiabilité en matière de preuve obtenue de personnes détenues qui sont soupçonnées d'avoir commis un crime, mais encore d'assurer l'équité de la procédure d'enquête. Bien que, selon la formulation traditionnelle de la règle des confessions, la raison d'être de cette règle soit d'assurer la fiabilité de la confession faite, il y a un fort courant sous-jacent qui justifie la règle en partie par l'équité du processus en matière criminelle. Voir l'arrêt *Hebert*, précité, le juge McLachlin, à la p. 171. L'élément commun de ces trois règles est que le suspect a le droit de faire un choix.

Le souci de préserver le droit du suspect de faire un choix, dans la jurisprudence en matière de common law et celle relative à la *Charte*, a été exprimé relativement à des actes de l'État. Les actes des autorités policières ont-ils empêché le suspect de faire un véritable choix en raison d'une contrainte, d'une ruse ou d'une information inexacte ou inexistante? Il s'agit de déterminer, en l'espèce, si, indépendamment de la conduite des policiers, le suspect est privé de sa capacité de choisir en raison d'une incapacité mentale. Une conclusion à l'incapacité aurait pour effet de soustraire le suspect au processus d'enquête habituel.

Pour situer l'importance de cette question dans son contexte, il convient d'examiner le régime applicable au procès d'une personne qui, prétend-on, est atteinte d'incapacité mentale. Aux termes de l'art. 16 du *Code criminel*, la personne qui est atteinte d'une maladie mentale dans les circonstances décrites par la disposition échappe à toute responsabilité criminelle et à toute peine. Cet article met en application le principe juridique voulant qu'une telle personne soit malade et non blâmable, et doive être traitée plutôt que punie. Voir l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1336. Une telle personne n'est cependant pas dispensée de subir son procès. La partie XX.1 du *Code criminel* renferme des dispositions détaillées qui prévoient l'évaluation psychiatrique par des médecins et la

Section 672.23 provides that where, at any stage of the proceedings, the court believes on reasonable grounds that the accused is unfit to stand trial, it may direct the trial of that issue. The application can be made on the court's own motion or by the accused or the prosecutor. Many accused persons who are found not guilty by reason of a mental disorder are fit to stand trial. The fact that an accused is not criminally responsible within the meaning of s. 16 does not mean that he or she is unfit to stand trial. If the contrary were true there would be little purpose in providing for the plea authorized by s. 16. Most persons who suffered from the mental disorder defined in the section would be exempted from trial and would not get to plead until they had recovered subsequent to the date of the offence.

The test for fitness to stand trial is quite different from the definition of mental disorder in s. 16. It is predicated on the existence of a mental disorder and focuses on the ability to instruct counsel and conduct a defence. That test which was developed under the common law is now codified in s. 2 of the *Code* as follows:

2. ...

"unfit to stand trial" means unable on account of mental disorder to conduct a defence at any stage of the proceedings before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so, and, in particular, unable on account of mental disorder to

- (a) understand the nature or object of the proceedings,
- (b) understand the possible consequences of the proceedings, or
- (c) communicate with counsel.

It requires limited cognitive capacity to understand the process and to communicate with counsel. In *R. v. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, the Ontario Court of Appeal, after reviewing the authorities, held that the trial judge erred in concluding that the accused must be capable of making

détermination de l'aptitude de la personne atteinte de troubles mentaux à subir son procès. Ainsi, l'art. 672.23 prévoit que le tribunal qui, à toute étape des procédures, a des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès, peut ordonner que cette aptitude soit déterminée. La demande peut être faite d'office par le tribunal ou encore par l'accusé ou le poursuivant. De nombreux accusés qui sont déclarés innocents en raison des troubles mentaux dont ils sont atteints sont aptes à subir leur procès. Le fait qu'un accusé ne soit pas criminellement responsable au sens de l'art. 16 ne signifie pas qu'il est inapte à subir son procès. S'il n'en était pas ainsi, le moyen de défense prévu à l'art. 16 serait de peu d'utilité. La plupart des personnes atteintes de troubles mentaux au sens de cet article n'auraient pas à subir leur procès et ne pourraient inscrire un plaidoyer qu'après leur guérison ultérieure à la perpétration de l'infraction.

Le critère de l'aptitude à subir son procès diffère considérablement de la définition de troubles mentaux que donne l'art. 16. Il est fondé sur l'existence de troubles mentaux et il met l'accent sur la capacité de donner des instructions à un avocat et d'assumer sa défense. Établi sous le régime de la common law, ce critère est désormais codifié à l'art. 2 du *Code*, dont voici le texte:

2. ...

«inaptitude à subir son procès» Incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de:

- a) comprendre la nature ou l'objet des poursuites;
- b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites;
- c) communiquer avec son avocat.

Il requiert une capacité cognitive limitée de comprendre le processus et de communiquer avec un avocat. Dans l'arrêt *R. c. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, la Cour d'appel de l'Ontario a statué, après examen de la doctrine et de la jurisprudence, que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'accusé doit être en mesure de prendre des décisions rationnelles qui soient avantageu-

rational decisions beneficial to him. At page 567, Lacourcière J.A., on behalf of the court, stated:

The "limited cognitive capacity" test strikes an effective balance between the objectives of the fitness rules and the constitutional right of the accused to choose his own defence and to have a trial within a reasonable time.

Accordingly, provided the accused possesses this limited capacity, it is not a prerequisite that he or she be capable of exercising analytical reasoning in making a choice to accept the advice of counsel or in coming to a decision that best serves her interests.

The rationale that operates to require an accused person to stand trial notwithstanding a disease of the mind has some attraction with respect to pre-trial procedures. If an accused is exempted from participation in normal investigatory procedures by reason of a mental disorder, then the regime that has been established for the treatment of persons who are mentally ill will frequently be bypassed. The question that I must deal with is whether there is any justification for requiring a higher standard of cognitive capacity in making the choices inherent in the confessions rule, the right to silence and the right to counsel than in respect to fitness to stand trial. I will examine each of these rights and endeavour to answer this question.

The Confession Rule

The traditional voluntariness rule articulated in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, focused on coercive action by persons in authority. The inquiry into admissibility sought to determine whether the statement was obtained by either fear of prejudice induced or hope of advantage held out by a person in authority. Although all the circumstances surrounding the taking of the statement were to be taken into account, including the mental state of the accused, the sole operation of these factors was to evaluate the influence of the hope or fear aroused by the actions of a person or persons in authority. See *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958.

ses pour lui. Voici ce que le juge Lacourcière dit, au nom de la cour, à la p. 567:

[TRADUCTION] Le critère de la «capacité cognitive limitée» permet d'atteindre un équilibre réel entre les objectifs des règles de l'aptitude et le droit constitutionnel de l'accusé de choisir sa propre défense et de subir son procès dans un délai raisonnable.

En conséquence, pourvu que l'accusé ait cette capacité limitée, il n'est pas nécessaire, au préalable, qu'il soit capable de recourir à un raisonnement analytique pour choisir d'accepter les conseils d'un avocat ou pour prendre une décision qui sert au mieux ses intérêts.

Le raisonnement qui s'applique pour exiger qu'un accusé subisse son procès, même s'il est atteint d'une maladie mentale, est attrayant jusqu'à un certain point à l'égard des procédures préalables au procès. Si l'accusé est dispensé de participer au processus d'enquête habituel en raison de troubles mentaux, alors le régime établi pour le traitement des personnes atteintes de maladie mentale sera souvent contourné. La question que je dois trancher est de savoir s'il est justifié de prescrire une norme plus élevée de capacité cognitive pour effectuer les choix qui sont inhérents à la règle des confessions, au droit de garder le silence et au droit à l'assistance d'un avocat, que pour déterminer l'aptitude à subir un procès. J'examinerai chacun de ces droits et tenterai de répondre à cette question.

La règle des confessions

La règle traditionnelle du caractère volontaire, formulée dans l'arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599, mettait l'accent sur la contrainte exercée par des personnes en autorité. L'examen de l'admissibilité visait à déterminer si la déclaration résultait de la crainte d'un préjudice ou de l'espoir d'un avantage suscité par une personne en autorité. Même si toutes les circonstances entourant la déclaration devaient être prises en considération, y compris l'état mental de l'accusé, elles ne devaient servir qu'à évaluer l'effet de la crainte ou de l'espoir suscité par les actes d'une seule ou de plusieurs personnes en autorité. Voir l'arrêt *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958.

In *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, this Court dealt with a confession made in a police cruiser by a person who as a result of an automobile accident had just regained consciousness and was in a state of shock. Spence J., for a unanimous Court, held that the trial judge was right in excluding the confession notwithstanding that it was not obtained as a result of any police action. Indeed, the police officer was unaware of the condition of the accused. Spence J. stated that the inquiry into voluntariness was a two-stage process. At page 40 he stated:

In my view, Manning J. engaged in a consideration of both the mental and physical condition of the accused, firstly, to determine whether a person in his condition would be subject to hope of advancement or fear of prejudice in making the statements, when perhaps a normal person would not, and, secondly, to determine whether, due to the mental and physical condition, the words could really be found to be the utterances of an operating mind.

Apart from the facts of the case and a statement by Spence J. that there was evidence to support a finding that the accused did not know what he was saying, there is no elaboration as to the degree of cognitive capacity required to satisfy the operating mind test.

In *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, a statement was taken from the accused after intense questioning while he was in a hypnotic state. A majority of the Court agreed with the trial judge that the statements should be excluded. Spence and Estey JJ. based their conclusion not on the hypnotic state but on the trial judge's conclusion that the accused was in a state of complete emotional disintegration. Beetz J., writing for himself and Pratte J., concluded that a person who has made a statement in a hypnotic state induced by "truth serum" narcotics, administered by the authorities, cannot be considered to have made it voluntarily. In the course of the reasons, after concluding that "he was not either in a state of full consciousness and awareness" and concluding that the involuntary

Dans l'arrêt *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, notre Cour était appelée à se prononcer sur la confession faite dans une auto-patrouille par une personne qui, après un accident de voiture, venait tout juste de reprendre conscience et était en état de choc. Le juge Spence a conclu, au nom de notre Cour à l'unanimité, que le juge du procès avait eu raison d'écarter la confession même si elle n'était pas attribuable à un acte des policiers. En fait, le policier en cause ignorait l'état de l'accusé. Le juge Spence a précisé que l'examen du caractère volontaire comportait deux étapes. Voici ce qu'il dit, à la p. 40:

À mon avis, le juge Manning a pris en considération l'état physique et mental de l'accusé tout d'abord pour décider si une personne dans son état pouvait être influencée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice en faisant les déclarations, alors qu'une personne normale ne l'aurait peut-être pas été et, deuxièmement, pour décider si, vu l'état mental et physique, on peut vraiment reconnaître dans ces paroles les propos d'un esprit totalement conscient.

Hormis les faits de l'affaire et une déclaration du juge Spence selon laquelle certains éléments de preuve permettaient de conclure que l'accusé ne savait pas ce qu'il disait, aucun détail n'est fourni quant au degré de capacité cognitive requis pour satisfaire au critère de l'état d'esprit conscient.

Dans l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, une déclaration a été obtenue de l'accusé après un interrogatoire serré pendant lequel il était sous hypnose. La Cour à la majorité a conclu, à l'instar du juge du procès, que les déclarations devaient être écartées. Les juges Spence et Estey ont fondé leur conclusion non pas sur l'état d'hypnose, mais sur celle du juge du procès selon laquelle l'accusé était dans un état d'effondrement émotionnel complet. Le juge Beetz a conclu, en son propre nom et en celui du juge Pratte, que la déclaration faite par une personne en état d'hypnose, après que les autorités lui eurent administré un «sérum de vérité», ne saurait être considérée comme volontaire. Après avoir conclu que l'accusé «n'était pas non plus dans un état de pleine conscience» et que la règle du caractère volontaire pouvait s'appliquer à d'autres causes que la pro-

rieness rule can be extended to causes other than promises, threats, hope or fear, he added, at p. 425:

Furthermore, voluntariness implies an awareness of what is at stake in making a statement to a person in authority.

In my opinion in the circumstances this does not imply a higher degree of awareness than knowledge of what the accused is saying and that he is saying it to police officers who can use it to his detriment.

In *Nagotcha v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 714, the accused had been diagnosed as a paranoid-schizophrenic and contended that on that account his statement could not be admitted as voluntary. In delivering the judgment of the Court, Laskin C.J. stated that the fact of insanity does not determine admissibility of a statement. Without referring to it in terms of the operating mind test, the Court (at pp. 716-17) adopted the following statement from *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121 (B.C.C.A.):

In my view, the question of admissibility of a statement of an accused depends on it being established that it was free and voluntary in the limited sense above, of not having been induced or obtained either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority. That rule must, I think, be qualified to the extent that, having regard to the infinite degrees of insanity, if such incapacity is shown that the accused, for example, is so devoid of rationality and understanding, or so replete with psychotic delusions, that his uttered words could not fairly be said to be his statement at all, then it should not be held admissible. [Emphasis added.]

Although Beetz J. was a member of the Court, no reference is made to *Horvath*, *supra*, nor to "awareness of what is at stake".

In *Clarkson*, *supra*, this Court dealt with the admissibility of a confession made by the accused when she was intoxicated. Wilson J., concurred with by four other members of the Court, resolved the issue of admissibility under the right to counsel

messe, la menace, l'espoir ou la crainte, voici ce qu'il ajoute, dans ses motifs, à la p. 425:

En outre, le caractère volontaire suppose une connaissance de ce qui est en jeu lorsqu'on fait une déclaration à une personne ayant autorité.

Dans les circonstances, j'estime que cela n'implique pas un degré de conscience plus élevé que la connaissance de ce que l'accusé dit et qu'il le dit à des policiers qui peuvent s'en servir contre lui.

Dans l'arrêt *Nagotcha c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 714, l'accusé soutenait que sa déclaration ne pouvait être tenue pour volontaire du fait qu'il avait été diagnostiqué comme souffrant de schizophrénie paranoïaque. En rendant le jugement de la Cour, le juge en chef Laskin a affirmé que l'aliénation mentale d'une personne n'est pas déterminante quant à l'admissibilité de ses déclarations. Sans appliquer expressément le critère de l'état d'esprit conscient, notre Cour a adopté (à la p. 717) l'extrait suivant de la décision *R. c. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121 (C.A.C.-B.):

[TRADUCTION] À mon avis, l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé est liée à la preuve du caractère libre et volontaire de celle-ci dans le sens restreint mentionné plus haut, savoir qu'elle n'a pas été provoquée ou obtenue par la crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Il faut à mon avis restreindre la portée de cette règle dans la mesure où, compte tenu des degrés infinis d'aliénation, on ne devrait pas juger la déclaration de l'accusé admissible si l'on démontre une incapacité telle qu'il est, par exemple, à ce point privé de raison et d'entendement ou à ce point victime de fantasmes psychotiques que ses propos ne peuvent honnêtement être considérés comme sa déclaration. [Je souligne.]

Même si le juge Beetz faisait partie des juges de la Cour, aucune mention n'est faite de l'arrêt *Horvath*, précité, ni de la «connaissance de ce qui est en jeu».

Dans l'arrêt *Clarkson*, précité, notre Cour a statué sur l'admissibilité d'une confession faite par l'accusée pendant qu'elle était en état d'ébriété. Le juge Wilson, à l'avis de laquelle ont souscrit quatre autres juges de la Cour, a tranché la question de

in s. 10(b) of the *Charter*. Wilson J. did, however, review the authorities under the confessions rule and concluded that awareness of consequences was only a factor if the concern underlying the rule was fairness of the criminal process. On the other hand, with respect to the cases that stressed reliability, the test emerging from them did not require any greater comprehension than an understanding by the accused of what was being said. Any further consideration of cognitive ability such as appreciation of the consequences of making the statement was not relevant. She concluded that it was not necessary to resolve the issue because it was preempted by the issue relating to the right to counsel under the *Charter*.

McIntyre J., concurred in by Chouinard J., was of the view that a limited form of awareness of the consequences was subsumed in the operating mind test. At page 399, he set out the test with respect to admissibility of a confession by a person in a state of intoxication:

1. Was the accused aware of what she was saying?

and

2. Was she aware of the consequences of making the statement on the particular occasion in question?

To be aware of the consequences in this context simply means to be capable of understanding that her statement could be used in evidence in proceedings to be taken against her. There is no novelty in this approach. It is consistent with the familiar and customary warning derived from the English judges' rules which was to the effect that "you may remain silent but anything you say will be taken down in writing and may be given in evidence". This warning was designed to insure knowledge of the consequences of the statement, that is, its possible use in proceedings against the accused. It must be observed that common sense would dictate that a very high degree of intoxication would be required to render such a statement inadmissible.

l'admissibilité en fonction du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Toutefois, après avoir examiné la jurisprudence relative à la règle des confessions, elle a conclu que la conscience des conséquences n'entraînait en ligne de compte que dans la mesure où la préoccupation sous-jacente de la règle était d'assurer l'équité du processus criminel. Par contre, en ce qui concerne les arrêts qui ont mis l'accent sur la fiabilité, le critère qui s'en dégage exige seulement que l'accusé comprenne ce qui est dit. Tout autre facteur de capacité cognitive, comme l'appréciation des conséquences d'une déclaration, n'était pas pertinent. Le juge Wilson a conclu qu'il n'était pas nécessaire de résoudre la question parce qu'elle était écartée par celle concernant le droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*.

Le juge McIntyre, à l'opinion duquel a souscrit le juge Chouinard, s'est dit d'avis qu'une forme limitée de conscience des conséquences était comprise dans le critère de l'état d'esprit conscient. À la page 399, il énonce le critère applicable à l'admissibilité d'une confession d'une personne en état de facultés affaiblies:

1. la personne accusée était-elle consciente de ce qu'elle disait?

et

2. était-elle consciente des conséquences de sa déclaration dans les circonstances particulières en question?

Être consciente des conséquences dans le présent contexte signifie simplement être capable de comprendre que sa déclaration pouvait servir de preuve dans des procédures intentées contre elle. Il n'y a rien de nouveau dans cette façon d'aborder la question. Elle est conforme à la mise en garde ordinaire bien connue tirée du droit prétorien anglais, laquelle est ainsi formulée: «vous pouvez garder le silence, mais tout ce que vous direz sera pris par écrit et pourra servir de preuve». Cette mise en garde visait à assurer la connaissance des conséquences de la déclaration, c.-à-d. son utilisation possible dans des procédures intentées contre l'accusé. Il y a lieu de souligner que le bon sens indique qu'il faudrait un état d'ébriété très avancé pour qu'une telle déclaration soit inadmissible.

Neither Wilson J. nor McIntyre J. referred to the decision of this Court in *Nagotcha*, *supra*, due, no doubt, to the fact that the preoccupation was with drunkenness and not mental incapacity by reason of a disease of the mind.

Shortly after *Clarkson* was decided, this Court dismissed an appeal from a decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Lapointe and Sicotte*, [1987] 1 S.C.R. 1253, *aff'd* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366. In that case, a statement was taken from persons who had a limited facility in the English language. In rejecting the statement, the trial judge held that there was a doubt as to whether the accused person understood the consequences of making the statement. In the circumstances, Lacourcière J.A. in the Court of Appeal stated that appreciation of the consequences was irrelevant once it was found that the statement was voluntary. In dismissing the appeal, this Court in a brief judgment stated that "We are substantially in agreement with the reasons of Lacourcière J.A."

Most recently, in *Hebert*, *supra*, McLachlin J., in a judgment that determined the elements of the right to silence of persons detained by police authorities, reviewed the cases dealing with the confessions rule. She concluded that this Court departed from exclusive concern with reliability and that the operating mind test contained within it a limited subjective element. At pages 171-72, she stated:

As Estey J. observed in *Rothman*, this Court in the post-*Wray* cases of *Horvath* and *Ward* in fact departed from the objective threat-promise formulation and the exclusive concern with the reliability of the statement, when it affirmed that to be admissible a statement must be truly voluntary in the sense of being the product of the accused's operating mind. Where the accused, because of hypnosis in the one case and drunkenness in the other, was not possessed of the requisite mental capacity to make a voluntary decision about whether to speak to the authorities or not, his statement could not be considered voluntary and hence was inadmissible. These decisions clearly affirmed the relevance of the mental element in the choice at issue in the confessions

Ni le juge Wilson ni le juge McIntyre n'ont mentionné l'arrêt *Nagotcha*, précité, de notre Cour sans doute parce que le sujet de préoccupation était l'état d'ébriété et non l'incapacité mentale découlant d'une maladie mentale.

Peu après avoir rendu l'arrêt *Clarkson*, notre Cour a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Lapointe et Sicotte*, [1987] 1 R.C.S. 1253, *conf.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366. Dans cette affaire, une déclaration avait été recueillie auprès de personnes qui avaient une connaissance limitée de la langue anglaise. En écartant la déclaration, le juge du procès a conclu qu'il subsistait un doute quant à savoir si l'accusé comprenait les conséquences de sa déclaration. Dans les circonstances, le juge Lacourcière de la Cour d'appel a dit que l'appréciation des conséquences n'était pas pertinente du moment qu'il était déterminé que la déclaration était volontaire. En rejetant le pourvoi, notre Cour a affirmé, dans de brefs motifs: «Nous sommes substantiellement d'accord avec les motifs du juge Lacourcière».

Plus récemment, dans l'arrêt *Hebert*, précité, où l'on a déterminé les éléments du droit de garder le silence dont jouit la personne détenue par des autorités policières, le juge McLachlin a analysé la jurisprudence se rapportant à la règle des confessions. Elle a conclu que notre Cour s'était écartée de la seule préoccupation de la fiabilité et que le critère de l'état d'esprit conscient comportait un élément subjectif limité. Voici ce qu'elle dit, aux pp. 171 et 172:

Comme le juge Estey l'a souligné dans l'arrêt *Rothman*, notre Cour, dans les arrêts *Horvath* et *Ward* rendus après l'arrêt *Wray*, s'est en réalité écartée de la formule objective des menaces et des promesses ainsi que de la seule préoccupation de la fiabilité de la déclaration lorsqu'elle a affirmé que pour être admissible une déclaration doit être véritablement volontaire en ce sens qu'elle doit résulter de l'état d'esprit conscient de l'accusé. Lorsque l'accusé, en état d'hypnose dans un cas et en état d'ébriété dans l'autre cas, n'était pas psychologiquement capable de décider volontairement de parler ou non aux autorités, sa déclaration ne pouvait être considérée comme volontaire et elle était donc inadmissible. Ces arrêts démontrent clairement la pertinence de l'élé-

rule, at least in the minimal sense that the suspect must possess the mental capacity to make an active choice.

The Right to Silence

Although *Hebert* did not address the requisite mental element in respect of a person who exercised this right while insane, in my view the judgment defines the requisite mental element in comprehensive language so as to leave no reason for the exclusion of mental incapacity from it. At pages 181-82, McLachlin J. sums up with respect to the elements of the right:

The right to choose whether or not to speak to the authorities is defined objectively rather than subjectively. The basic requirement that the suspect possess an operating mind has a subjective element. But this established, the focus under the *Charter* shifts to the conduct of the authorities *vis-à-vis* the suspect. Was the suspect accorded the right to consult counsel? Was there other police conduct which effectively and unfairly deprived the suspect of the right to choose whether to speak to the authorities or not?

The operating mind test, therefore, requires that the accused possess a limited degree of cognitive ability to understand what he or she is saying and to comprehend that the evidence may be used in proceedings against the accused. Indeed it would be hard to imagine what an operating mind is if it does not possess this limited amount of cognitive ability. In determining the requisite capacity to make an active choice, the relevant test is: Did the accused possess an operating mind? It goes no further and no inquiry is necessary as to whether the accused is capable of making a good or wise choice or one that is in his or her interest.

The Right to Counsel

In assessing the requisite degree of mental competence required for the exercise of this right, it should be observed that the rights of an accused in the criminal process should as far as possible be harmonized. In respect of each of the rights under

ment psychologique du choix qui est en cause dans la règle des confessions, à tout le moins en ce sens que l'accusé doit être en mesure psychologiquement de faire activement un choix.

Le droit de garder le silence

Bien que, dans l'arrêt *Hebert*, notre Cour n'ait pas abordé la question de l'élément psychologique requis à l'égard de la personne qui exerce ce droit alors qu'elle souffre d'aliénation mentale, je suis d'avis que l'arrêt donne de l'élément psychologique requis une définition exhaustive de sorte qu'il n'y a aucune raison d'en exclure l'incapacité mentale. Aux pages 181 et 182, le juge McLachlin résume les éléments constitutifs du droit de garder le silence:

Le droit de choisir de parler ou non aux autorités est défini de façon objective plutôt que subjective. L'exigence fondamentale que le suspect possède un état d'esprit conscient comporte un élément subjectif. Mais cela étant dit, il faut, en vertu de la *Charte*, se concentrer sur la conduite des autorités vis-à-vis du suspect. A-t-on accordé au suspect le droit à l'assistance d'un avocat? La conduite des policiers a-t-elle effectivement et inéquitablement privé le suspect du droit de choisir de parler ou non aux autorités?

Le critère de l'état d'esprit conscient exige donc que l'accusé ait une capacité cognitive limitée de comprendre ce qu'il dit et que sa déposition pourra être utilisée dans des procédures engagées contre lui. En fait, il serait difficile d'imaginer ce qu'est un état d'esprit conscient s'il ne comporte pas cette capacité cognitive limitée. Le critère pertinent pour déterminer la capacité requise de faire activement un choix est le suivant: L'accusé avait-il un état d'esprit conscient? Le critère ne va pas plus loin et il n'est pas nécessaire de déterminer si l'accusé est en mesure de faire un choix qui soit bon ou sage, ou qui soit dans son intérêt.

Le droit à l'assistance d'un avocat

Pour déterminer le degré d'aptitude psychologique requis pour exercer ce droit, il convient de remarquer que les droits que possède l'accusé, dans le processus criminel, devraient, autant que possible, être harmonisés. En ce qui concerne cha-

discussion, the accused is entitled to make a choice. Unless there is some good reason inherent in the right, it makes little sense to differentiate as to the requisite mental state to make that choice. In *Hebert*, at p. 176, McLachlin J. stated:

The rights of a person involved in the criminal process are governed by ss. 7 to 14 of the *Charter*. They are interrelated: *Re B.C. Motor Vehicle Act* [[1985] 2 S.C.R. 486]. It must be assumed that the framers of the *Charter* intended that they should be interpreted in such a manner that they form a cohesive and internally consistent framework for a fair and effective criminal process. For this reason, the scope of a fundamental principle of justice under s. 7 cannot be defined without reference to the other rights enunciated in this portion of the *Charter* as well as the more general philosophical thrusts of the *Charter*.

In a similar vein in *Godinez v. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993), Kennedy J. of the Supreme Court of the United States stressed that different standards of competency should not be applied for different aspects of criminal proceedings. In his opinion, different standards were not applied at common law and were not required under the due process clause. At page 2691 he cites B. A. Weiner, "Mental Disability and the Criminal Law", in *The Mentally Disabled and the Law* (3rd ed. 1985), 693, at p. 696, as follows:

It has traditionally been presumed that competency to stand trial means competency to participate in all phases of the trial process, including such pretrial activities as deciding how to plead, participating in plea bargaining, and deciding whether to assert or waive the right to counsel.

He then continues:

That the common law did not adopt heightened competency standards is readily understood when one considers the difficulties that would be associated with more than one standard. The standard applicable at a given point in a trial could be difficult to ascertain. For instance, if a defendant decides to change his plea to guilty after a trial has commenced, one court might apply the competency standard for undergoing trial while another court might use the standard for pleading guilty. In addition, the subtle nuances among different

cun des droits examinés, l'accusé peut faire un choix. À moins qu'une raison valable ne soit inhérente au droit en question, il est peu logique d'établir une distinction quant à l'état mental requis pour faire ce choix. Dans l'arrêt *Hebert*, le juge McLachlin affirme ceci, à la p. 176:

Les droits d'une personne impliquée dans le processus criminel sont régis par les art. 7 à 14 de la *Charte*. Ils sont intimement liés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* [[1985] 2 R.C.S. 486]. Il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu qu'ils soient interprétés de manière à former le cadre cohérent et intérioritément logique nécessaire à l'équité et à l'efficacité du processus criminel. Pour cette raison, la portée d'un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 ne peut être définie sans égard aux autres droits énoncés dans cette partie de la *Charte* ainsi que les objectifs philosophiques plus généraux de la *Charte*.

Dans la même veine, le juge Kennedy de la Cour suprême des États-Unis a souligné, dans l'arrêt *Godinez c. Moran*, 113 S.Ct. 2680 (1993), qu'il ne fallait pas appliquer des normes d'aptitude différentes pour divers aspects des procédures criminelles. Selon lui, des normes différentes n'étaient pas appliquées en common law ni requises en vertu de la clause de l'application régulière de la loi. À la page 2691, il cite l'extrait suivant de l'article de B. A. Weiner intitulé «Mental Disability and the Criminal Law», dans *The Mentally Disabled and the Law* (3^e éd. 1985), 693, à la p. 696:

[TRADUCTION] Traditionnellement, on a présumé que l'aptitude à subir son procès s'entendait de la capacité de participer à toutes les phases du processus judiciaire, y compris aux activités préalables au procès, comme l'inscription d'un plaidoyer, la négociation d'un plaidoyer et la décision de se prévaloir du droit à l'assistance d'un avocat ou d'y renoncer.

Puis il poursuit:

[TRADUCTION] Il est facile de comprendre pourquoi la common law n'a pas adopté de normes d'aptitude plus élevées lorsqu'on songe aux difficultés qui résulteraient de l'application de plus d'une norme. Il pourrait être difficile de déterminer quelle norme s'applique à une étape donnée du procès. Par exemple, si le défendeur décide de plaider coupable après le début du procès, un tribunal pourrait appliquer la norme d'aptitude requise pour subir le procès, alors qu'un autre pourrait avoir recours à la norme applicable à l'inscription d'un plaidoyer de

standards are likely to be difficult to differentiate, as evidenced by the lack of any clear distinction between a "rational understanding" and a "reasoned choice" in this case.

Although different considerations may apply to states such as drunkenness or hypnosis, in the case of a person suffering from a mental disorder, I can see no reason for a higher standard of competency in exercising the right to counsel before trial than during trial. If an accused is competent to choose a lawyer, instruct the lawyer, decide how to plead, decide to discharge the lawyer and conduct his or her own defence, decide to give or not to give evidence, how can we say that he or she is incompetent to decide whether to seek the assistance of counsel during the investigation? There is nothing in s. 10(b) or related provisions requiring such a result. In my view, therefore, the test is the same as that which obtains in respect of fitness to stand trial which I have set out above.

Conclusion with Respect to Mental Element in Exercising Pre-trial Rights by Persons Suffering from Mental Disorders

The operating mind test, which is an aspect of the confessions rule, includes a limited mental component which requires that the accused have sufficient cognitive capacity to understand what he or she is saying and what is said. This includes the ability to understand a caution that the evidence can be used against the accused.

The same standard applies with respect to the right to silence in determining whether the accused has the mental capacity to make an active choice.

In exercising the right to counsel or waiving the right, the accused must possess the limited cognitive capacity that is required for fitness to stand trial. The accused must be capable of communicating with counsel to instruct counsel, and under-

culpabilité. De plus, les nuances subtiles entre les différentes normes seraient vraisemblablement difficiles à saisir, comme le montre, en l'espèce, l'absence de distinction nette entre la «compréhension rationnelle» et le «choix raisonné».

Même si des facteurs différents peuvent s'appliquer à des états comme l'ivresse ou l'hypnose, dans le cas d'une personne qui souffre de troubles mentaux, je ne vois aucune raison d'appliquer, à l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat, une norme d'aptitude plus élevée avant le procès que pendant son déroulement. Si l'accusé est apte à choisir un avocat, à lui donner des instructions, à inscrire un plaidoyer, à décider de congédier l'avocat et d'assumer sa propre défense, à décider de témoigner ou non, comment peut-on prétendre qu'il est inapte à décider de recourir ou non aux services d'un avocat pendant l'enquête? Rien n'exige un tel résultat dans l'al. 10b) ou les dispositions connexes. J'estime donc que le critère à retenir est le même que celui qui s'applique à l'égard de l'aptitude à subir son procès et que j'ai énoncé précédemment.

Conclusion relative à l'élément psychologique requis dans le cas de l'exercice de certains droits avant le procès par des personnes atteintes de troubles mentaux

Le critère de l'état d'esprit conscient, qui est une facette de la règle des confessions, comporte un élément psychologique limité selon lequel l'accusé doit avoir une capacité cognitive suffisante pour comprendre ce qu'il dit et ce qui est dit. Cela inclut la capacité de comprendre une mise en garde selon laquelle la déposition pourra être utilisée contre l'accusé.

La même norme s'applique à l'égard du droit de garder le silence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé est en mesure psychologiquement de faire activement un choix.

En exerçant son droit à l'assistance d'un avocat ou en y renonçant, l'accusé doit avoir la capacité cognitive limitée qui est nécessaire pour être apte à subir son procès. Il doit être en mesure de communiquer avec un avocat pour lui donner des instruc-

stand the function of counsel and that he or she can dispense with counsel even if this is not in the accused's best interests. It is not necessary that the accused possess analytical ability. The level of cognitive ability is the same as that required with respect to the confession rule and the right to silence. The accused must have the mental capacity of an operating mind as outlined above.

Application to this Case

The trial judge found that the statements were voluntary in the traditional sense and that the operating mind test was satisfied. He found, however, that with respect to the waiver of counsel there was an additional awareness of the consequences test which was not satisfied. In this regard, he accepted the evidence of Dr. Malcolm, the defence psychiatrist. The following are the relevant passages from that evidence:

Q. Were you aware at that point in time that within the week of his returning from METFORS, when he had been stabilized and on his medication, he told one of [sic] the jail guards specifically that he was out for a section 16 and was going to blow things up to that extent?

A. I don't think I was aware of that.

Q. That's fine. Would that have affected your decision to ask him that question or your feelings when you asked him that question?

A. Well, I was just with him a half an hour. I was just trying to ask him as many questions as I could to see to what extent he was able to comprehend what I was saying. That's of interest to me. It doesn't surprise me terribly because, as I say, such people have a pretty good intellectual capacity. This man would know about section 16. He didn't like jails either. He hated jails. He would prefer not to go there so, therefore, he would be quite capable of comprehending that it would be better for him to be found insane. That doesn't really surprise me.

tions et il doit saisir le rôle de l'avocat et comprendre qu'il peut se passer des services d'un avocat même si ce n'est pas au mieux de ses intérêts. Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait une aptitude analytique. Le degré de capacité cognitive est le même que celui qui est exigé à l'égard de la règle des confessions et du droit de garder le silence. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'accusé doit avoir la capacité mentale qui découle d'un état d'esprit conscient.

Application à la présente affaire

Le juge du procès a conclu que les déclarations étaient volontaires au sens traditionnel et que le critère de l'état d'esprit conscient était respecté. Cependant, il a jugé que, relativement à la renonciation à l'assistance d'un avocat, on n'avait pas satisfait au critère supplémentaire de la conscience des conséquences. À cet égard, il a retenu le témoignage du Dr Malcolm, le psychiatre appelé à témoigner pour la défense. Voici les extraits pertinents de ce témoignage:

[TRADUCTION]

Q. Saviez-vous alors qu'au cours de la semaine qui a suivi son retour du Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto, après que son état eut été stabilisé et qu'on lui eut administré des médicaments, il avait expressément dit à l'un des gardiens qu'il cherchait à bénéficier de l'article 16 et qu'il allait tout faire pour y arriver?

R. Je ne crois pas que je le savais.

Q. Très bien. Cela aurait-il eu une incidence sur votre décision de lui poser cette question ou sur vos sentiments lorsque vous la lui avez posée?

R. Eh bien, je n'ai été avec lui que pendant une demi-heure. J'essayais simplement de lui poser le plus de questions possibles pour voir dans quelle mesure il pouvait comprendre ce que je disais. Cela est important pour moi. Cela ne me surprend pas beaucoup, parce que, comme je l'ai dit, ces personnes ont une excellente capacité intellectuelle. Cet homme connaissait l'article 16. Il n'aimait pas la prison non plus. Il haïssait la prison. Il aurait préféré ne pas y être enfermé, de sorte qu'il était tout à fait capable de comprendre qu'il était dans son intérêt d'être

Schizophrenics are quite well able to do that and still be schizophrenic.

déclaré aliéné. Cela ne me surprend pas vraiment. Les schizophrènes sont tout à fait en mesure de faire cela tout en demeurant schizophrènes.

Q. And over the course of those four interviews, for example this more recent one, would you have viewed him more psychotic on your most recent interview than he was at the time you have viewed him on the videotapes?

A. The first videotape that I saw, he appeared to be under better control. The second February 7th interviews, he was not so well controlled. In fact, he appeared to be out of control. The first interview that I had, he was in a dilapidated, regressed state. That was the one in which he simply refused to talk and just sat there glaring at me.

Q. And at that point in time, if I may, was much worse than he is in either of the two videotapes that we have seen, correct?

A. Oh yes, he was quite extraordinarily regressed the first time I saw him.

Q. And the second interview?

A. He was a little better at that time and the next interview, better still.

Q. And on the second interview, which is the 7th of July interview, still much worse than we observe him on the tapes, is that correct?

A. I would say so, yes.

Q. And on your — as he's steadily improving, your November meeting was still worse than he is on the tapes?

A. I don't know. This is the kind of qualitative judgement that I really hate getting trapped into because it isn't helpful and I can't do it really. People can be showing signs of going downhill or uphill but I can't put numbers onto things like that at all. It's so much more sort of qualitative than this.

Q. It is not feasible for you to compare his condition at that ...

A. Well, I've been comparing, obviously.

Q. Yes.

Q. Et pendant ces quatre entretiens, au cours du plus récent par exemple, vous a-t-il semblé plus psychotique que sur les bandes vidéo?

R. Sur la première bande que j'ai visionnée, il semblait avoir une meilleure maîtrise de lui-même. Lors des entretiens ultérieurs du 7 février, il n'avait pas une aussi bonne maîtrise. En fait, il semblait avoir perdu toute maîtrise de soi. Pendant le premier entretien que j'ai eu avec lui, son état s'était dégradé, il avait régressé. Il s'agit de la rencontre où il a simplement refusé de parler et s'est contenté de s'asseoir en me jetant un regard furieux.

Q. Et à ce moment-là, si je puis me permettre, son état était pire que sur l'une ou l'autre des deux bandes vidéo que nous avons visionnées, n'est-ce pas?

R. Assurément, il avait considérablement régressé la première fois que je l'ai vu.

Q. Et pendant le deuxième entretien?

R. Il allait un peu mieux alors et, à l'entretien suivant, son état s'était encore amélioré.

Q. Et lors du deuxième entretien, c'est-à-dire le 7 juillet, son état était toujours pire que celui observé sur les bandes vidéo, n'est-ce pas?

R. Je dirais que oui.

Q. Et comme son état continuait de s'améliorer, était-il encore pire lors de la rencontre du mois de novembre que sur les bandes vidéo?

R. Je ne sais pas, il s'agit du genre d'évaluation qualitative dans lequel je n'aime vraiment pas m'engager parce que cela n'est d'aucune utilité et que je ne puis le faire véritablement. Une personne peut donner des signes d'aggravation ou d'amélioration, mais je ne peux vraiment pas quantifier de telles choses. Une évaluation qualitative est beaucoup plus appropriée.

Q. Il vous est impossible de comparer son état à ce ...

R. Eh bien, de toute évidence, j'ai fait une comparaison.

Q. Oui.

- A. I've been trying to co-operate with you but you keep trying to push me into more and more detailed answers and I can't be more detailed. I have to be a little general about it.
- Q. That's fair. I don't want to be unfair with the questioning.
- A. Okay.
- Q. The later interviews are getting close enough to the condition that he was on the tapes that you feel it is unfair to ask whether he's slightly better or slightly worse?
- A. Well, the most recent interview was really pretty similar to how he appeared to be on the second pair of tapes that I saw.
- Q. Now, it was during your second interview with him, that is the July 7th interview, that you found him to be fit to stand trial; is that fair?
- A. Oh, that's simply because that was the first time he would talk to me and I was able to get answers to the series of questions that I routinely ask to try to establish fitness, such as what the various people in the courtroom do, what the charge is, and what his defence person does, and what the judge — and so on.
- Q. He had no difficulty describing who the dramatis personae were at that point in time?
- A. No, he could understand and instruct counsel, it seemed to me, at that time.
- Q. He understood who the judge was in the court and what his function was on the July 7th ...
- A. He satisfied me, and I have asked these questions of many people over a long period of time, that he comprehended his situation, what the charge was, and who the various people in the courtroom were, and I felt he could instruct counsel, and I think he knew the meaning of an oath.
- ...
- Q. Certainly Mr. Whittle, even at the time of these tapes, as opposed to later on in your interview with him on July the — sorry, July the 15th, I believe, is aware of the role of evidence in the court process?
- R. J'ai tenté de collaborer avec vous, mais vous continuez d'essayer d'obtenir de moi des réponses de plus en plus détaillées, et je ne puis être plus précis. Je dois demeurer un peu vague à cet égard.
- Q. Très bien. Je ne voudrais pas mener l'interrogatoire de manière inéquitable.
- R. D'accord.
- Q. Lors des derniers entretiens, son état se rapproche assez de celui observé sur les bandes vidéo pour que vous estimiez inéquitable de demander si son état s'est légèrement amélioré ou détérioré?
- R. Eh bien, lors du plus récent entretien, son état se comparait assez bien à celui observé sur la deuxième paire de bandes vidéo que j'ai visionnée.
- Q. Maintenant, c'est pendant votre second entretien avec lui, le 7 juillet, que vous avez conclu qu'il était apte à subir son procès, est-ce exact?
- R. Oh, c'est simplement parce que c'était la première fois qu'il acceptait de me parler et que j'ai pu obtenir des réponses à la série de questions que je pose habituellement aux fins d'évaluer l'aptitude, en ce qui concerne notamment le rôle des différentes personnes qui se trouvent dans la salle d'audience, la nature de l'accusation ainsi que le rôle de son défenseur et celui du juge, et ainsi de suite.
- Q. Il n'a eu alors aucune difficulté à déterminer quels étaient les acteurs en cause?
- R. Non, il m'a semblé alors qu'il pouvait comprendre et donner des instructions à un avocat.
- Q. Il comprenait qui était le juge et quel était son rôle dans la salle d'audience, le 7 juillet ...
- R. Il m'a convaincu, et j'ai posé ces questions à de nombreuses personnes sur une longue période, qu'il comprenait sa situation, qu'il connaissait la nature de l'accusation et qu'il savait qui étaient les différentes personnes dans la salle d'audience, et j'ai estimé qu'il pouvait donner des instructions à un avocat, et je crois qu'il connaissait la signification du serment.
- ...
- Q. Sûrement, M. Whittle, même au moment de l'enregistrement de ces bandes, par opposition à l'entretien que vous avez eu avec lui ultérieurement le — désolé, le 15 juillet, je crois, était conscient du rôle du témoignage dans le processus judiciaire?

A. Yes.

R. Oui.

THE COURT: Mr. Bellefontaine, just let me ask this while we're at the point. Dr. Malcolm, with the responses that the Crown has just put to you at the bottom of page seven and the top of page eight, would Whittle understand the consequence of giving a statement that may be used against him; that is his own evidence against him at a trial at that stage?

THE WITNESS: It sounds to me, from his response there, that he would be aware of the consequences. The only thing is that his whole reason for being in the police station at that time was something that derived from an illness that came from within, and it was these voices telling him to go there and to tell all the right things; and so he didn't care about the consequences. This is very low in his order of priorities at this point. He was concerned about the consequences, though I think if we want to be really detailed about it, he knew what the consequences were, that it would be used in a trial, it could be used against him. I think he knew that.

MR. BELLEFONTAINE: Q. I'm sorry, the night of the statements, February 6th and 7th; is that fair?

A. Yes, I don't think that the police were doing anything to offer him promises or they weren't — and they were not threatening him in any way. He was doing it of his own volition.

THE COURT: At the time of the February 6th and 7th interviews, the tapes, you indicated to us this morning that Whittle would know that he was providing evidence or could be providing evidence against himself. He would know that?

THE WITNESS: He would know that in some intellectual sense, yes.

THE COURT: Yes. Is it putting too fine a point on it to ask whether he would appreciate the consequences of doing that?

THE WITNESS: Well, it's difficult because I think he knew what he was saying and that, in fact, in an intellectual way, it could have repercussions in some future

LA COUR: M^e Bellefontaine, permettez-moi de poser cette question pendant que nous y sommes. D^r Malcolm, à partir des réponses que le ministère public vient tout juste de vous montrer au bas de la septième page et au haut de la huitième page, Whittle comprenait-il alors les conséquences d'une déclaration qui peut être utilisée contre lui, c'est-à-dire que son propre témoignage pouvait être utilisé contre lui lors d'un procès?

LE TÉMOIN: Il me semble, compte tenu des réponses qu'on y trouve, qu'il était conscient des conséquences. Il reste que la raison pour laquelle il se trouvait dans le poste de police, à ce moment-là, tenait entièrement au fait qu'il souffrait d'une maladie qui le rongait de l'intérieur, et ce sont ces voix qui lui disaient d'y aller et de dire toutes les bonnes choses, de sorte qu'il ne se souciait pas des conséquences. Cette considération se situe alors très bas dans l'ordre de ses priorités. Il se préoccupait des conséquences, bien que je croie, si l'on veut vraiment entrer dans les détails, qu'il savait quelles étaient les conséquences de ses déclarations, que celles-ci seraient utilisées lors d'un procès, qu'elles pourraient être utilisées contre lui. Je crois qu'il savait cela.

M^e BELLEFONTAINE: Q. Pardon, la nuit où les déclarations ont été faites, les 6 et 7 février, n'est-ce pas?

R. Oui, je ne crois pas que les policiers lui aient fait quelque promesse ou qu'ils l'aient menacé de quelque manière. Il le faisait de son propre gré.

LA COUR: Lors des entretiens des 6 et 7 février, enregistrés sur bande vidéo, vous nous avez dit ce matin que Whittle savait qu'il fournissait ou pouvait fournir des éléments de preuve contre lui. Il savait cela?

LE TÉMOIN: Il en était conscient, intellectuellement parlant, oui.

LA COUR: Oui. Permettez-moi d'insister en vous demandant s'il était en mesure d'en évaluer les conséquences?

LE TÉMOIN: Eh bien, c'est difficile à dire parce que je crois qu'il savait ce qu'il disait et qu'en fait, intellectuellement parlant, cela pourrait avoir des repercussions lors

hearing; but I don't think he was even slightly tuned in to the future when he was doing that. I don't think he cared about it. I think he was driven by this urge from within himself to say these things and he wasn't concerned about the consequences, even slightly. If that's useful to the court, I don't know, but I think if we were to become quite specific and ask him these questions directly at the time he would say, "Yes, I know that this is going to be all written down or taped." He knew that it was being taped and that it could appear at some future trial. He is not naive and he is not stupid so he would know that; but my point is that he just didn't care about that because he was driven to say all these things regardless. If he was going to die, it didn't matter. He made that observation. So, that is a mental element, I think, of great significance.

THE COURT: So he is going to say those things no matter what the result?

THE WITNESS: No matter what. He doesn't care what the result is. The result is a thing that might interest the courts or the general population or anybody else but it doesn't interest him.

In summary, the evidence of Dr. Malcolm was that the appellant was aware of what he was saying and what was said to him and of the court process. He was fit to instruct counsel but, because of the voices that were telling him to unburden himself, he did not care about the consequences.

On the basis of evidence which the trial judge accepted, the appellant's mental condition satisfied the operating mind test including the subjective element to which I have referred above. There was no obligation on the Crown to establish that the appellant possessed a higher degree of cognitive capacity. To the extent that the inner voices prompted the appellant to speak in apparent disregard of the advice of his counsel and to his detriment, because he did not care about the consequences or felt that he could not resist the urging of the voices, they cannot be the basis for exclusion. Inner compulsion, due to conscience or otherwise, cannot displace the finding of an operating mind unless, in combination with conduct of a person in authority, a statement is found to be involuntary. As for the *Charter* rights asserted, once the

d'une audience ultérieure. Mais je ne crois pas qu'il se préoccupait le moins du monde de l'avenir lorsqu'il le faisait. Je ne crois pas qu'il s'en souciait. Je crois qu'il était poussé par le besoin qu'il ressentait à l'intérieur de lui-même de dire ces choses et qu'il ne se préoccupait pas le moins du monde des conséquences. Je ne sais pas si cela peut être utile à la cour, mais je pense que si on avait été plus précis et qu'on lui avait posé directement ces questions à l'époque, il aurait répondu «Oui, je sais que tout cela va être consigné par écrit ou enregistré.» Il savait que ses déclarations étaient enregistrées et qu'elles pourraient être utilisées au cours d'un éventuel procès. N'étant ni naïf ni stupide, il savait cela. Or, ce que je tiens à préciser, c'est qu'il ne s'en souciait pas étant donné qu'il était poussé à dire toutes ces choses quand même. S'il devait mourir, cela lui était égal. Il a fait cette remarque. Ainsi, je crois qu'il s'agit d'un élément psychologique d'une grande importance.

LA COUR: Il va donc dire ces choses quelles qu'en soient les conséquences?

LE TÉMOIN: Peu importe. Il ne se soucie pas du résultat. Le résultat est quelque chose qui pourrait intéresser les tribunaux ou le public en général ou toute autre personne, mais ça ne l'intéresse pas.

Somme toute, le Dr Malcolm a témoigné que l'appelant était conscient de ce qu'il disait et de ce qui lui était dit, ainsi que du processus judiciaire. Il était apte à donner des instructions à un avocat, mais, comme des voix lui disaient de soulager sa conscience, il ne se souciait pas des conséquences.

Compte tenu de la preuve que le juge du procès a acceptée, l'état mental de l'appelant satisfaisait au critère de l'état d'esprit conscient, y compris l'élément subjectif dont j'ai fait mention précédemment. Le ministère public n'était pas tenu de prouver que l'appelant avait un degré plus élevé de capacité cognitive. Dans la mesure où les voix intérieures incitaient l'appelant à parler sans tenir compte, apparemment, de la recommandation de son avocat et à son détriment, parce qu'il ne se souciait pas des conséquences ou qu'il estimait qu'il ne pouvait résister à ces voix, elles ne peuvent justifier l'exclusion. La contrainte intérieure, due à la conscience ou à un autre facteur, ne peut supplanter une conclusion à l'existence d'un état d'esprit conscient sauf lorsqu'il est déterminé, à la lumière de la conduite d'une personne en autorité,

operating mind test is established, an accused is not exempted from the consequence of his or her actions absent conduct by the police "which effectively and unfairly deprived the suspect of the right . . ." (*Hebert, supra*, at p. 182).

The decision by the trial judge to exclude the statements was on an erroneous view that the evidence which he accepted did not satisfy a separate awareness of the consequences test. Applying a correct instruction in law to evidence accepted by the trial judge, the statements are admissible. But for an error of law the trial judge would have found that the test with respect to the requisite state of mind of the appellant had been met. In the result, the statements were admissible in that they satisfied the criteria of the confession rule and the appellant either waived or availed himself of the right to counsel and chose to speak to the police. I should add that with respect to waiver all the other necessary requirements were met by the Crown and the sole issue was whether the mental element was satisfied.

The statements in issue are as follows:

(1) On February 6 the appellant, while in a cell at 42 Division, volunteered that he was responsible for the death of Frank Dowson and other crimes. He had previously been informed of the right to counsel and had declined. This statement was admissible. It was voluntary and s. 10(b) was complied with. In the circumstances, there was no reason to reiterate the caution with respect to counsel until either the nature of the investigation or the appellant's jeopardy changed. See *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 893. This did not occur until the police had the opportunity to verify some of the information so as to determine that the appellant's statements should be taken seriously.

(2) On February 6, after verifying certain details with respect to the death of Dowson, the appellant

qu'une déclaration est involontaire. Quant aux droits garantis par la *Charte* qui sont invoqués, une fois qu'il est établi que le critère de l'état d'esprit conscient est respecté, l'accusé n'échappe aux conséquences de ses actes que si la conduite de la police a «effectivement et inéquitablement privé le suspect du droit . . .» (*Hebert*, précité, à la p. 182).

La décision du juge du procès d'exclure les déclarations se fondait sur l'opinion erronée que la preuve qu'il avait acceptée ne satisfaisait pas à un critère distinct de la conscience des conséquences. Si l'on applique les principes juridiques appropriés à cette preuve, les déclarations sont admissibles. N'eût été l'erreur de droit, le juge du procès aurait conclu que l'état d'esprit de l'appelant satisfaisait au critère applicable. En définitive, les déclarations étaient admissibles en ce sens qu'elles satisfaisaient au critère de la règle des confessions et que l'appelant avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat, ou s'en était prévalu, et avait choisi de parler aux policiers. Je me permets d'ajouter qu'en ce qui concerne la renonciation le ministère public a satisfait à toutes les autres exigences et qu'il s'agissait seulement de déterminer si le critère de l'élément psychologique était respecté.

Voici les déclarations en cause:

(1) Le 6 février, alors qu'il se trouvait dans une cellule de la division 42, l'appelant a déclaré spontanément qu'il était responsable de la mort de Frank Dowson et qu'il avait commis d'autres crimes. Il avait auparavant été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et avait refusé de s'en prévaloir. Cette déclaration était admissible. Elle était volontaire et l'al. 10b) a été respecté. Dans les circonstances, il n'y avait aucune raison de répéter la mise en garde concernant le droit à l'assistance d'un avocat tant que la nature de l'enquête ou le danger auquel était exposé l'appelant ne changeait pas. Voir *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 893. Cela ne s'est produit qu'après que les policiers eurent l'occasion de vérifier certains renseignements afin de déterminer s'il y avait lieu de prendre au sérieux les déclarations de l'appelant.

(2) Le 6 février, après avoir vérifié certains détails concernant le décès de Dowson, l'appelant

was charged with the murder of Dowson and informed of the right to counsel. The appellant offered to take the officers to where he had discarded the murder weapon. On the way as well as on the return trip he made statements to the officers. These statements were admissible. They were voluntary and the right to counsel was waived.

(3) On February 6 the first video statement was commenced and stopped after the appellant decided that at this point he wanted to speak to counsel. This portion of the videotaped confession was admissible. It was voluntary and the right to counsel had been waived.

(4) On February 7, at 12:21 a.m., after consulting counsel, the appellant advised the officers that he wished to proceed with the video confession and did so. The balance of this video confession was admissible. It was voluntary and the appellant had availed himself of counsel and chose to continue.

(5) On February 7 after the taping session the appellant offered to take the officers to the place where he had discarded Dowson's wallet. The wallet was eventually found at this location. This evidence was admissible. The information was voluntary and the appellant had availed himself of the advice of counsel.

(6) On February 7, the appellant was transported back to 17 Division. He was again informed of his right to counsel and cautioned. The appellant indicated that he understood. On the way to 17 Division, the appellant was asked and responded to several questions about the alleged murder. These statements were admissible. They were voluntary. Although there was no explicit waiver, it is apparent from all of the circumstances that the appellant waived further consultation with counsel. While simply responding to questions after being advised of the right to counsel cannot normally be taken to be waiver of that right, there are a number of other circumstances in this case making it appropriate

a été accusé du meurtre de ce dernier et informé de son droit à l'assistance d'un avocat. L'appelant a offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé de l'arme du crime. À l'aller et au retour, il a fait des déclarations aux policiers. Ces déclarations étaient admissibles. Elles étaient volontaires et l'appelant avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

(3) Le 6 février, l'enregistrement de la première déclaration sur bande vidéo a pris fin lorsque, à un moment donné, l'appelant a décidé qu'il voulait parler à un avocat. Cette partie de la confession sur bande vidéo était admissible. Elle était volontaire et l'appelant avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

(4) À 0 h 21, le 7 février, après avoir consulté un avocat, l'appelant a dit aux policiers qu'il souhaitait poursuivre la confession sur bande vidéo, ce qu'il a fait. Le reste de cette confession sur bande vidéo était admissible. Il avait été effectué volontairement et l'appelant s'était prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat, pour ensuite choisir de poursuivre sa confession.

(5) Le 7 février, après la séance d'enregistrement, l'appelant a offert aux policiers de les conduire à l'endroit où il s'était débarrassé du portefeuille de Dowson. Le portefeuille a finalement été découvert à cet endroit. Cette preuve était admissible. Les renseignements ont été fournis volontairement et l'appelant avait obtenu les conseils d'un avocat.

(6) Le 7 février, on a ramené l'appelant à la division 17. Il a de nouveau été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a reçu une mise en garde. L'appelant a indiqué qu'il comprenait. Pendant le trajet vers la division 17, l'appelant a répondu à plusieurs questions concernant le prétendu meurtre. Ces déclarations étaient admissibles. Elles étaient volontaires. Quoiqu'il n'y ait pas eu de renonciation explicite, il ressort de l'ensemble des circonstances que l'appelant a renoncé à consulter davantage un avocat. Bien qu'on ne puisse pas normalement considérer que le simple fait de répondre à des questions après avoir été informé du droit à l'assistance d'un avocat consti-

and indeed necessary to infer waiver. Earlier in the same day, the appellant had begun making statements to the police, but had then requested to consult counsel. When he did so, questioning stopped and a consultation was arranged. After consultation with counsel, he made extensive statements to the police. When he was again cautioned at the time of being transported back to 17 Division, he had exercised his right to counsel and decided to make statements. His decision to respond to questions after having been given his rights once again, in light of the circumstances which had occurred during the day, can only be taken as waiver of any desire to speak again with counsel before responding to the questions put.

(7) On March 16 the appellant was returning to court from a psychiatric assessment at METFORS and spoke to officers. These statements were admissible. They were voluntary and the appellant had availed himself of the advice of counsel.

This disposes of the issues relating to the admissibility of the statements. The two remaining issues require a brief comment. The appellant submits that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code* in reversing the trial judge in respect of findings of fact. The appeal by the Crown was based on issues of law. The fact that the Court of Appeal appears to have decided it on the basis of mixed law and fact does not preclude us from disposing of the appeal on a question of law. We are required to decide the case in the manner that the Court of Appeal ought to have done. The Court of Appeal had jurisdiction even if they may have exceeded it.

With respect to the final point we agree with the Court of Appeal that the Crown was not precluded

tue une renonciation à ce droit, il existe en l'espèce un certain nombre d'autres circonstances qui font qu'il est approprié, et voire même nécessaire, de conclure qu'il y a eu renonciation. Plus tôt le même jour, l'appelant avait commencé à faire des déclarations à la police, mais il avait alors demandé à consulter un avocat. Lorsqu'il l'a fait, l'interrogatoire a cessé et une consultation a été organisée. Après avoir consulté l'avocat, il a fait d'importantes déclarations à la police. Lorsqu'on lui a fait une nouvelle mise en garde en le ramenant à la division 17, il avait exercé son droit à l'assistance d'un avocat et décidé de faire des déclarations. Compte tenu de ce qui s'était produit pendant la journée, sa décision de répondre aux questions, après avoir été informé une nouvelle fois de ces droits, ne peut être considérée que comme une renonciation à toute volonté de s'entretenir de nouveau avec un avocat avant de répondre aux questions posées.

(7) Le 16 mars, appelé à comparaître de nouveau devant le tribunal alors qu'il retournait en cour après avoir subi une évaluation psychiatrique au Service de criminalistique de la Communauté urbaine de Toronto, l'appelant a parlé aux policiers. Ces déclarations étaient admissibles. Elles étaient volontaires et l'appelant avait obtenu les conseils d'un avocat.

Voilà qui règle les questions relatives à l'admissibilité des déclarations. Les deux questions qui restent requièrent un bref commentaire. L'appelant fait valoir que la Cour d'appel a excédé sa compétence en vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel* en infirmant le jugement de première instance sur le plan des conclusions de fait. L'appel interjeté par le ministère public se fondait sur des questions de droit. Le fait que la Cour d'appel semble avoir statué sur l'appel en se fondant sur des questions mixtes de fait et de droit ne nous empêche pas de statuer sur le pourvoi en fonction d'une question de droit. Nous devons trancher la présente affaire comme la Cour d'appel aurait dû le faire. La Cour d'appel avait compétence même si elle a pu l'excéder.

En ce qui concerne le dernier point, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire

from appealing in the circumstances. The reasoning of the Court of Appeal applies *a fortiori* in light of the decision of this Court in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

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

que le ministère public pouvait en appeler dans les circonstances. Le raisonnement de la Cour d'appel s'applique à plus forte raison compte tenu de l'arrêt de notre Cour *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

^a

Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

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

Quoc Dung Tran Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. TRAN

File No.: 23321.

Hearing and judgment: February 25, 1994.

Reasons delivered: September 1, 1994.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Right to interpret — Trial — Accused's court-appointed interpreter testifying as defence witness — Interpreter not translating testimony in full but only summarizing evidence — Whether accused's right to assistance of an interpreter breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 14.

The accused, a native of Vietnam, was charged with sexual assault. In her statement to the police a few hours after the assault was alleged to have occurred, the complainant described her two assailants as "Asian", one being "fat" and "clean-shaven". The complainant later picked the accused's photo from a photo line-up. At trial, the accused appeared as slender with a mustache. The complainant identified him in court as the man she had previously described as clean-shaven and fat, but conceded on cross-examination that as he appeared in court he was not fat. The defence called the accused's court-appointed interpreter to testify about the accused's weight at the time the attack was alleged to have taken place. Instead of translating his testimony in full as he gave it, as instructed by the trial judge and by defence counsel, the interpreter answered in English and only summarized his evidence in Vietnamese at the end of his direct examination and again after his cross-examination. An exchange between the trial judge and the interpreter which followed his cross-examination appears not to have been interpreted at all. The accused was convicted. He appealed his conviction on the grounds that the identification evidence was flawed and that deficiencies in the translation of the evidence deprived him of the right to be actually present at his trial, contrary to s.

Quoc Dung Tran Appelant

c.

^a Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. TRAN

N° du greffe: 23321.

Audition et jugement: 25 février 1994.

Motifs déposés: 1^{er} septembre 1994.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un interprète — Procès — Interprète désigné par la cour pour assister l'accusé témoignant pour la défense — Interprète se contentant de résumer le témoignage au lieu de le traduire intégralement — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un interprète? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 14.

Originaire du Viêt-nam, l'accusé a été inculpé d'agression sexuelle. Quelques heures après que l'agression se serait produite, la plaignante a déclaré à la police que ses deux assaillants étaient «asiatiques», l'un d'eux étant «gras» et «rasé de près». La plaignante a subsequmment choisi la photo de l'accusé lors d'une séance d'identification. Au procès, l'accusé était mince et moustachu. La plaignante a déclaré que l'accusé, dans la salle d'audience, était l'homme qu'elle avait antérieurement décrit comme étant «rasé de près» et «gras», mais elle a reconnu, lors du contre-interrogatoire, que l'accusé, qui était dans la salle d'audience, n'était pas gras. La défense a appelé l'interprète désigné par la cour pour assister l'accusé pour qu'il témoigne sur le poids de l'accusé au moment où l'attaque aurait eu lieu. Au lieu de traduire intégralement le témoignage qu'il faisait, comme le juge du procès et l'avocate de la défense lui avaient demandé de le faire, l'interprète a répondu en anglais et n'a résumé son témoignage en vietnamien qu'à la fin de son interrogatoire principal et, de nouveau, après son contre-interrogatoire. Il semble que l'échange qui a eu lieu entre le juge du procès et l'interprète, après le contre-interrogatoire de ce dernier, n'a pas été traduit du tout. L'accusé a été déclaré coupable. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour

650 of the *Criminal Code*. The Court of Appeal upheld the conviction. The main issue in this appeal is whether the failure to provide the accused with full and contemporaneous translation of all the evidence at trial constituted a breach of his right to an interpreter, as guaranteed by s. 14 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The right of an accused who does not understand or speak the language of the proceedings to obtain the assistance of an interpreter ensures that a person charged with a criminal offence hears the case against him or her and is given a full opportunity to answer it. This right is also intimately related to our basic notions of justice, including the appearance of fairness, and to our society's claim to be multicultural, expressed in part through s. 27 of the *Charter*. The magnitude of these interests favours a purposive and liberal interpretation and a principled application of the right to interpreter assistance under s. 14 of the *Charter*. The principle underlying all of the interests protected by the right to interpreter assistance under s. 14 is that of linguistic understanding.

In determining whether there has in fact been a breach of s. 14, it must be clear that the accused did not understand or speak the language being used in court and was thus actually in need of interpreter assistance. Where an interpreter was appointed and it is the quality of the interpretation provided that is being challenged, it is necessary to determine whether there has been a departure or deviation from what is considered adequate interpretation. While the interpretation provided need not be perfect, it must be continuous, precise, impartial, competent and contemporaneous. The question should always be whether there is a possibility that the accused may not have understood a part of the proceedings by virtue of his or her difficulty with the language being used in court. Not every deviation from the protected standard of interpretation will constitute a violation of s. 14 of the *Charter*: the claimant of the right must establish that the lapse in interpretation was in respect of the proceedings themselves, thereby involving the vital interests of the accused, and was not merely in respect of some collateral or extrinsic matter. In determining whether the alleged deviation in interpretation was part of an occurrence which actually served in some way to

le motif que la preuve d'identification était viciée et que les lacunes dans la traduction du témoignage l'avaient privé de son droit d'être réellement présent à son procès, contrairement à l'art. 650 du *Code criminel*. La Cour d'appel a maintenu la déclaration de culpabilité. Il s'agit principalement, en l'espèce, de déterminer si le défaut de fournir à l'accusé une traduction intégrale et concomitante de tous les témoignages au procès a violé son droit à un interprète, garanti par l'art. 14 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le droit d'un accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue des procédures d'obtenir l'assistance d'un interprète garantit que la personne accusée d'une infraction criminelle entend la preuve qui pèse contre elle et a pleinement l'occasion d'y répondre. Ce droit est aussi lié étroitement à nos notions fondamentales de justice, dont l'apparence d'équité, et à notre prétention d'être une société multiculturelle, exprimée en partie à l'art. 27 de la *Charte*. L'importance de ces intérêts favorise une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé du droit à l'assistance d'un interprète, garanti à l'art. 14 de la *Charte*, ainsi qu'une application de ce droit qui soit fondée sur des principes. Le principe qui sous-tend tous les intérêts protégés par le droit à l'assistance d'un interprète, que garantit l'art. 14, est la compréhension linguistique.

Pour déterminer s'il y a effectivement eu violation de l'art. 14, il doit être clair que l'accusé ne comprenait pas ou ne parlait pas la langue du prétoire et avait donc vraiment besoin de l'assistance d'un interprète. Si un interprète a été désigné et que c'est la qualité de son interprétation qui est mise en cause, il faut examiner s'il y a eu manquement ou dérogation à ce qui est considéré comme une bonne interprétation. Bien que l'interprétation fournie n'ait pas à être parfaite, elle doit être continue, fidèle, impartiale, concomitante et faite par une personne compétente. Il faudrait toujours se demander s'il se peut que l'accusé n'ait pas compris une partie des procédures en raison des difficultés qu'il éprouve avec la langue du prétoire. Ce ne sont pas toutes les dérogations à la norme d'interprétation garantie qui violeront l'art. 14 de la *Charte*: celui qui revendique le droit en cause doit établir que la lacune dans l'interprétation avait trait aux procédures elles-mêmes et qu'elle a de ce fait touché aux intérêts vitaux de l'accusé, et qu'elle ne concernait pas simplement quelque question accessoire ou extrinsèque. Pour déterminer si la présumée dérogation dans l'interprétation faisait partie intégrante d'un événement qui a vraiment servi d'une certaine façon à

“advance the case”, one must consider whether there was an unfolding or development in the proceeding with respect to a point of procedure, evidence and/or law. Since s. 14 guarantees the right to interpreter assistance without qualification, it would be wrong to introduce into the assessment of whether the right has been breached any consideration of whether or not the accused actually suffered prejudice when being denied his or her s. 14 rights. The *Charter* in effect proclaims that being denied proper interpretation while the case is being advanced is in itself prejudicial and is a violation of s. 14. There will be situations where the right to interpreter assistance cannot be waived for reasons of public policy. Where waiver is possible, the Crown must not only show that the waiver was clear and unequivocal and made with a knowledge and understanding of the right, but also that it was made personally by the accused or with defence counsel’s assurance that the right and the effect on that right of waiving it were explained to the accused in language in which the accused is fully conversant.

Here the accused was in need of interpreter assistance throughout his trial, since he did not understand or speak English, and there is no doubt that the interpretation of the proceedings in which the interpreter was involved as a witness fell well below the guaranteed standard. First, the accused did not receive continuous interpretation of all the evidence at his trial, since the questions posed to and answers given by the interpreter were condensed into two one-sentence summaries and the interpreter’s exchange with the judge was not translated at all. Second, the interpretation was not precise, as the summaries failed to convey everything that had been said and the first summary was incorrect in that it referred to something which had not in fact been said. Third, while there is no reason to doubt the actual impartiality or objectivity of the interpretation provided in this case, the practice of having an interpreter act as both a witness and an interpreter is one which should be avoided in all but exceptional circumstances. Finally, the timing of the interpretation was unsatisfactory, in that it should have occurred contemporaneously with the asking of questions and the giving of answers. These lapses were not trivial or *de minimis* in nature, but rather occurred at a point when the accused’s vital interests were clearly involved and the case was thus being advanced. The problems with the interpretation arose during the testimony of a witness, and the evidence given by that witness covered a topic of considerable importance to the accused, namely, the issue of identification upon which his entire defence was built. There was no clear or unequivocal waiver by the accused of

«faire progresser l’affaire», il faut se demander si l’instance s’est déroulée ou a progressé sur une question de procédure, de preuve ou de droit. Puisque l’art. 14 garantit sans réserve le droit à l’assistance d’un interprète, il serait erroné de se demander, pour déterminer si le droit a été violé, si l’accusé a vraiment subi un préjudice lorsqu’on lui a refusé l’exercice de ses droits garantis par l’art. 14. La *Charte* proclame en fait que le refus de fournir une bonne interprétation pendant que l’affaire progresse est préjudiciable en soi et viole l’art. 14. Il y aura des cas où, pour des raisons d’ordre public, il sera impossible de renoncer au droit à l’assistance d’un interprète. Lorsque la renonciation est possible, le ministère public doit non seulement établir qu’elle était claire et sans équivoque et faite par quelqu’un qui connaissait et comprenait ce droit, mais encore qu’elle a été faite personnellement par l’accusé ou avec l’assurance de l’avocat de la défense que le droit et l’effet de la renonciation sur celui-ci ont été expliqués à l’accusé dans une langue qu’il connaît parfaitement.

En l’espèce, l’accusé avait besoin de l’assistance d’un interprète pendant tout son procès puisqu’il ne comprenait pas et ne parlait pas l’anglais, et il ne fait aucun doute que l’interprétation des procédures au cours desquelles l’interprète a servi de témoin était loin de satisfaire à la norme garantie. Premièrement, l’accusé n’a pas obtenu une interprétation continue de toute la preuve produite à son procès puisque les questions posées à l’interprète et ses réponses ont été condensées en deux résumés d’une phrase, et que l’échange entre l’interprète et le juge n’a pas été traduit du tout. Deuxièmement, l’interprétation n’était pas fidèle puisque les résumés n’ont pas transmis tout ce qui avait été dit et que le premier résumé était incorrect du fait qu’il faisait état de quelque chose qui, en réalité, n’avait pas été dit. Troisièmement, bien qu’il n’y ait aucune raison de douter de l’impartialité ou de l’objectivité réelle de l’interprétation fournie en l’espèce, la pratique qui consiste à se servir d’un interprète à la fois comme témoin et interprète devrait être évitée, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Enfin, le moment où l’interprétation a été fournie n’était pas satisfaisant étant donné qu’elle aurait dû coïncider avec les questions posées et les réponses données. Ces lacunes n’étaient ni banales ni négligeables. Elles sont plutôt survenues à un moment où les intérêts vitaux de l’accusé étaient manifestement en jeu et, par conséquent, où l’affaire progressait. Les problèmes d’interprétation sont survenus au cours de la déposition d’un témoin, laquelle déposition couvrait un sujet d’importance considérable pour l’accusé, soit la question de l’identification sur laquelle toute sa défense

his right to interpretation. There is also no indication that the accused personally understood the scope of his right to interpreter assistance and what he was giving up, and that the waiver was made by him personally. The curative provisos of the *Criminal Code* are not applicable when an infringement of the right to interpreter assistance is in issue. While denial of a *Charter* right constitutes an error of law, it is by its very constitutional nature a serious error of law, and certainly not one which, for *Criminal Code* purposes, can be characterized as minor or harmless, or as a "procedural irregularity". Recourse should be had to s. 24(1) of the *Charter*, which allows a court to tailor the remedy to the particular circumstances of the violation. Since the violation of s. 14 of the *Charter* in this case occurred in the trial proper, the appropriate and just remedy under s. 24(1) is to quash the accused's conviction and order a new trial.

Cases Cited

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345, aff'd [1975] 2 S.C.R. 624; *Roy v. Hackett* (1987), 45 D.L.R. (4th) 415; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *R. v. Kwok Leung* (1909), 4 Hong Kong L.R. 161; *R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337; *Kunnath v. The State*, [1993] 4 All E.R. 30; *Negron v. New York*, 434 F.2d 386 (1970); *Valladares v. United States*, 871 F.2d 1564 (1989); *R. v. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Tung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 124 N.R. 388; *United States v. Joshi*, 896 F.2d 1303 (1990); *R. v. Tsang* (1985), 27 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Tabrizi*, [1992] O.J. No. 1383 (QL); *R. v. Petrovic* (1984), 13 C.C.C. (3d) 416; *People v. Aguilar*, 677 P.2d 1198 (1984); *R. v. L.L.*, [1986] O.J. No. 1954 (QL); *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *Meunier v. The*

reposait. Il n'y a eu aucune renonciation claire et sans équivoque de l'accusé à son droit à l'assistance d'un interprète. En outre, rien n'indique que l'accusé a personnellement compris la portée de son droit à l'assistance d'un interprète et ce à quoi il renonçait, ni qu'il y a renoncé personnellement. Les dispositions réparatrices du *Code criminel* ne s'appliquent pas lorsque c'est une violation du droit à l'assistance d'un interprète qui est en cause. Bien que la négation d'un droit garanti par la *Charte* constitue une erreur de droit, il s'agit, de par sa nature constitutionnelle même, d'une erreur de droit grave qui, aux fins du *Code criminel*, ne peut certainement pas être qualifiée de négligeable ou d'inoffensive, ni d'«irrégularité de procédure». Il y a lieu de recourir au par. 24(1) de la *Charte* qui permet à un tribunal d'adapter la réparation aux circonstances particulières de la violation. Vu que la violation de l'art. 14 de la *Charte* a, en l'espèce, été commise pendant le procès lui-même, la réparation convenable et juste, au sens du par. 24(1), consiste à annuler la déclaration de culpabilité de l'accusé et à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345, conf. par [1975] 2 R.C.S. 624; *Roy c. Hackett* (1987), 45 D.L.R. (4th) 415; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *R. c. Kwok Leung* (1909), 4 Hong Kong L.R. 161; *R. c. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337; *Kunnath c. The State*, [1993] 4 All E.R. 30; *Negron c. New York*, 434 F.2d 386 (1970); *Valladares c. United States*, 871 F.2d 1564 (1989); *R. c. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183; *R. c. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Tung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 124 N.R. 388; *United States c. Joshi*, 896 F.2d 1303 (1990); *R. c. Tsang* (1985), 27 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Tabrizi*, [1992] O.J. No. 1383 (QL); *R. c. Petrovic* (1984), 13 C.C.C. (3d) 416; *People c. Aguilar*, 677 P.2d 1198 (1984); *R. c. L.L.*, [1986] O.J. No. 1954 (QL); *Unterreiner c. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *Meunier*

Queen (1965), 48 C.R. 14, aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III, s. 2(g).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 7, 8, 10(b), 11(d), 14, 15, 24(1), 25, 27.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 36.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 6(3)(e).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 577(1), 613(1)(b)(iii).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271(1), 650(1), (3), 686(1)(b)(iii), (iv) [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 145(1)], 795, 800(2), (3), 803(2)(a).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(3)(f).
United States Constitution, Fifth, Sixth and Fourteenth Amendments.

Authors Cited

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf).
 Morel, André. "Certain Guarantees of Criminal Procedure". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 497.
 Proulx, Michel. "The Presence of the Accused at Trial" (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 179.
 Rydstrom, Jean F. "Right of Accused to Have Evidence or Court Proceedings Interpreted" (1971), 36 *A.L.R.*3d 276.
 Steele, Graham J. "Court Interpreters in Canadian Criminal Law" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 218.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1992), 116 N.S.R. (2d) 300, 320 A.P.R. 300, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Marguerite J. MacNeil and Frank E. DeMont, for the appellant.

c. The Queen (1965), 48 C.R. 14, conf. par [1966] R.C.S. 399; *R. c. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 7, 8, 10b), 11d), 14, 15, 24(1), 25, 27.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 36.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271(1), 650(1), (3), 686(1)(b)(iii), (iv) [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145(1)], 795, 800(2), (3), 803(2)a).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 577(1), 613(1)(b)(iii).
Constitution des États-Unis, Cinquième, Sixième et Quatorzième amendements.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 6(3)e).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III, art. 2g).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(3)f).

Doctrines citée

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf).
 Morel, André. «Les garanties en matière de procédure et de peines». Dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 555.
 Proulx, Michel. «The Presence of the Accused at Trial» (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 179.
 Rydstrom, Jean F. «Right of Accused to Have Evidence or Court Proceedings Interpreted» (1971), 36 *A.L.R.*3d 276.
 Steele, Graham J. «Court Interpreters in Canadian Criminal Law» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 218.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1992), 116 N.S.R. (2d) 300, 320 A.P.R. 300, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Marguerite J. MacNeil et Frank E. DeMont, pour l'appelant.

Robert E. Lutes, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J. — This appeal raises for the first time before this Court s. 14 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees the right to the assistance of an interpreter. As a result, these reasons for judgment are somewhat longer than would normally be warranted. The context is that of a criminal proceeding and the claimant of the right is an accused who neither spoke nor understood English, the language of the proceedings. Following the hearing of this case, the appeal was unanimously allowed from the bench and a new trial ordered, with reasons to follow.

I. Facts

The appellant, a native of Vietnam, was charged with committing on September 22, 1990, a sexual assault contrary to s. 271(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended. The appellant's command of English was insufficient to permit him to follow the proceedings without the assistance of an interpreter. As a result, Mr. Nguyen served as the appellant's interpreter at election on November 22, 1990, at his preliminary inquiry on March 13, 1991 and, subject to the lapses which are at issue in this appeal, at his trial on October 31, 1991.

The complainant, a 15-year old, testified that she had been kissed and fondled by two Asian men while waiting in the lobby of an apartment building for a drive home from babysitting in the early hours of the morning. In her statement to the police a few hours after the assault was alleged to have occurred, the complainant described her two assailants as being "Asian", one being "fat" and "clean-shaven" and the other having a "pock-marked face". Three weeks after the alleged incident, the complainant picked the appellant's photo from a photo line-up. At trial, the appellant appeared as slender with a mustache. The complainant identified the appellant in court as the

Robert E. Lutes, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

a LE JUGE EN CHEF LAMER — Dans le présent pourvoi, notre Cour est pour la première fois appelée à se pencher sur l'art. 14 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit à l'assistance d'un interprète. Aussi mes motifs de jugement sont-ils un peu plus longs qu'ils ne le seraient normalement. Il est question en l'espèce d'une instance criminelle où celui qui revendique le droit en cause était un accusé qui ne parlait pas et ne comprenait pas l'anglais, la langue dans laquelle l'instance se déroulait. À la suite de l'audition de la présente affaire, le pourvoi a été accueilli à l'unanimité à l'audience et un nouveau d procès a été ordonné, avec motifs à suivre.

I. Les faits

Originaire du Viêt-nam, l'appelant a été accusé d'avoir, le 22 septembre 1990, commis une agression sexuelle contrairement au par. 271(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 et ses modifications. Il ne maîtrisait pas suffisamment l'anglais pour être en mesure de suivre le déroulement des procédures sans l'aide d'un interprète. Monsieur Nguyen a donc servi d'interprète à l'appelant lors de sa comparution le 22 novembre 1990, à son enquête préliminaire le 13 mars 1991 et, sous réserve des lacunes en cause dans le présent pourvoi, à son procès du 31 octobre 1991.

Âgée de 15 ans, la plaignante a témoigné que deux asiatiques l'avaient embrassée et caressée pendant que, tôt le matin, elle attendait dans l'entrée d'un immeuble d'habitation qu'on la reconduise chez elle, après avoir gardé de jeunes enfants. Quelques heures après que l'agression se serait produite, la plaignante a déclaré à la police que ses deux assailants étaient [TRADUCTION] «asiatiques», l'un [TRADUCTION] «gras» et [TRADUCTION] «rasé de près», l'autre ayant le [TRADUCTION] «visage grêlé». Trois semaines après l'incident allégué, la plaignante a choisi la photo de l'appelant lors d'une séance d'identification. Au procès, l'appelant était mince et moustachu. La

man she had previously described as "clean shaven" and "fat". On cross-examination, the complainant conceded that the appellant, as he appeared in court, was not fat.

The police constable who had put together the photo line-up and arrested the appellant was called by the Crown. On cross-examination, the constable testified that the appellant "might have been a few pounds heavier" at the preliminary inquiry, but was "maybe 10 or 15 pounds heavier in the mid-section" on the date of the appellant's arrest, October 24, 1990.

After a brief adjournment to consider whether it would call any evidence, the defence called the interpreter, Mr. Nguyen, to testify about the accused's weight in the fall of 1990 when the attack was alleged to have taken place. Although the interpreter was instructed by the trial judge and by defence counsel to translate in full his testimony as he gave it, he did not do so. Instead, he answered in English and only summarized his evidence in Vietnamese at the end of his direct examination and again after his cross-examination. Based on the record and the affidavit submitted on appeal, it appears that an exchange between the trial judge and Mr. Nguyen which followed his cross-examination was not interpreted at all to the appellant. (The text of the relevant passages from the transcript is reproduced below at pp. 999-1001.)

On October 31, 1991, Chief Judge Palmetter of the County Court of Nova Scotia convicted the appellant. The appellant appealed his conviction on the grounds that the identification evidence was flawed and that deficiencies in the translation of the evidence deprived him of the right to be actually present at his trial, contrary to s. 650 of the *Criminal Code*. An affidavit was filed before the Court of Appeal in which the interpreter, Mr. Nguyen, swears to having listened to the tapes of the summaries he provided to the appellant at trial and provides a verbatim translation of his summaries back into English. On September 22, 1992, the

plaignante a déclaré que l'appellant, dans la salle d'audience, était l'homme qu'elle avait antérieurement décrit comme étant «rasé de près» et «gras». Lors du contre-interrogatoire, elle a reconnu que l'appellant, qui était dans la salle d'audience, n'était pas gras.

Le ministère public a fait témoigner le policier qui avait rassemblé les photos aux fins de la séance d'identification et arrêté l'appellant. Lors du contre-interrogatoire, le policier a déclaré que l'appellant [TRADUCTION] «avait peut-être quelques livres de plus» lors de l'enquête préliminaire, mais qu'il avait [TRADUCTION] «peut-être 10 à 15 livres de plus à la taille» lors de son arrestation, le 24 octobre 1990.

Après un bref ajournement en vue d'examiner si elle devait présenter une preuve, la défense a appelé l'interprète, M. Nguyen, pour qu'il témoigne sur le poids de l'accusé à l'automne 1990, au moment où l'attaque aurait eu lieu. Bien que le juge du procès et l'avocate de la défense aient demandé à l'interprète de traduire intégralement le témoignage qu'il faisait, il ne l'a pas fait. Il a plutôt répondu en anglais et n'a résumé son témoignage en vietnamien qu'à la fin de son interrogatoire principal et, de nouveau, après son contre-interrogatoire. Il ressort du dossier et de l'affidavit produit en appel que l'échange qui a eu lieu entre le juge du procès et M. Nguyen, après le contre-interrogatoire de ce dernier, n'a pas été traduit du tout à l'appellant. (Les passages pertinents de la transcription sont reproduits ci-après aux pp. 999 à 1001.)

Le 31 octobre 1991, le juge en chef Palmetter de la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse a déclaré l'appellant coupable. Ce dernier a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour le motif que la preuve d'identification était viciée et que les lacunes dans la traduction du témoignage l'avaient privé de son droit d'être réellement présent à son procès, contrairement à l'art. 650 du *Code criminel*. Dans un affidavit déposé à la Cour d'appel, l'interprète, M. Nguyen, jure avoir écouté les enregistrements des résumés qu'il a fournis à l'appellant au procès et traduit ses résumés mot à mot en anglais. Le 22 septembre 1992, la Section d'appel

Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, dismissed the appellant's appeal: (1992), 116 N.S.R. (2d) 300, 320 A.P.R. 300.

II. Judgments Below

County Court (Chief Judge Palmeter)

In oral reasons for judgment, Chief Judge Palmeter concluded that the girl had been the victim of a sexual assault and that she had picked out the appellant as the person who had assaulted her. He observed that the case boiled down to identification: was the assault actually caused by the appellant? Chief Judge Palmeter instructed himself as to the frailty of identification evidence and the weight it should be given, and then concluded that because the photo line-up in this case was an excellent one, it should be given "considerable weight". With respect to the fact that the complainant had initially identified the appellant as "fat", Chief Judge Palmeter stated:

In this particular case we're dealing with the use of the word "fat". What does fat mean? It means, I assume, overweight. Does it mean rotund? Does it mean pudgy? We don't really have any definition of that. But I do agree with submissions by Crown that weight, of course, can fluctuate.

The constable involved has indicated that the accused was heavier, some 10 to 15 pounds heavier and it was around the middle, around the stomach area.

In looking at the accused, the accused is certainly not tall [approx. 5'6"] and he appears to be of slight build and I accept the comments of the officer that even 10 or 15 pounds would have some significant difference in the appearance of the accused.

... I accept the evidence of the young lady in this particular case. I accept her identification of the accused. I have considered submissions made particularly to determine whether her evidence on identification is so significantly flawed ... that standing alone it cannot justify the conviction. I do not find it is so significantly flawed.

de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a rejeté l'appel de l'appellant: (1992), 116 N.S.R. (2d) 300, 320 A.P.R. 300.

^a II. Les juridictions inférieures

Cour de comté (le juge en chef Palmeter)

^b Dans des motifs de jugement oraux, le juge en chef Palmeter a conclu que la jeune fille avait été victime d'une agression sexuelle et qu'elle avait identifié l'appellant comme étant celui qui l'avait agressée. Il a fait remarquer que l'affaire se résumait à une question d'identification: l'agression a-t-elle véritablement été commise par l'appellant? Le juge en chef Palmeter a traité de la faiblesse de la preuve d'identification et du poids qu'il devrait lui accorder, puis il a conclu que, la séance d'identification au moyen de photos étant excellente dans la présente affaire, il y avait lieu de lui accorder [TRADUCTION] «un poids considérable». Quant au fait que la plaignante avait d'abord décrit l'appellant comme étant «gras», le juge en chef Palmeter déclare ceci:

^c [TRADUCTION] En l'espèce, il est question de l'emploi du mot «gras». Qu'entend-on par «gras»? Ce mot signifie, je suppose, faire de l'embonpoint. Signifie-t-il rondlet? Signifie-t-il dodu? Nous ne possédons pas vraiment de définition de ce terme. Mais je conviens effectivement avec le ministère public que le poids peut évidemment fluctuer.

^d L'agent concerné a indiqué que l'accusé était plus lourd, quelque 10 à 15 livres plus lourd, à la taille, dans la région de l'abdomen.

^e Si on regarde l'accusé, il n'est certainement pas grand [environ 5 pieds et 6 pouces] et il semble être mince. Je conviens avec le policier qu'aussi peu que 10 à 15 livres changerait considérablement l'apparence de l'accusé.

^f ... j'accepte le témoignage de la jeune fille en l'espèce. J'accepte son identification de l'accusé. J'ai analysé les observations faites particulièrement pour déterminer si son témoignage sur l'identification est vicié au point [...] de ne pouvoir à lui seul justifier la déclaration de culpabilité. Il ne l'est pas, selon moi.

Under the circumstances I accept the identification. I find the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt and I find the accused guilty as charged.

Importantly, the issue of the adequacy of the interpretation provided to the appellant was not raised before the trial judge and he made no comments about it.

Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (Freeman J.A.)

Freeman J.A. for the Court of Appeal held as follows with respect to the interpretation issue (at pp. 301-2):

The translation issue arose with respect to the court-appointed translator's own evidence when he was called as a defence witness. The translator was Philip Nguyen, who had on previous occasions acted as a court-appointed Vietnamese translator. In his brief testimony he stated in English that Mr. Tran was about five pounds heavier when he first made his acquaintance the previous year. He translated summaries of his evidence at the end of direct examination and cross-examination. The trial judge asked him several questions to clarify how long he had known Mr. Tran, and those were not translated while he was on the witness stand.

No objection was taken at trial to the adequacy of the translation. Part of the impugned translation related to Mr. Nguyen's questioning by Mr. Tran's own lawyer. No affidavit has been filed by Mr. Tran to suggest that he did not understand the nature of the evidence against him.

There is no doubt that Mr. Tran was entitled to a full translation, and not mere summaries, of all testimony and proceedings, which should have been as nearly simultaneous with the actual testimony as possible. Translation by a witness of his own evidence is not a practice to be encouraged. There can be no doubt that Mr. Nguyen's translation of his own evidence fell short of an ideal standard. See *R. v. Petrovic* (1984), 4 O.A.C. 29; 13 C.C.C. (3d) 416 (C.A.).

Having said that, the departure from the best standard was not so serious that it can be said to have deprived Mr. Tran of the right to be present at his trial, nor of the right to make full answer and defence. The evidence

Dans les circonstances, j'accepte l'identification. Je conclus que le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé et que ce dernier est coupable des infractions reprochées.

^a Il importe de signaler que la question du caractère suffisant de l'interprétation fournie à l'appelant n'a pas été soulevée devant le juge du procès qui n'a fait aucun commentaire à cet égard.

^b *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel* (le juge Freeman)

^c Le juge Freeman de la Cour d'appel conclut ceci au sujet de la question de l'interprétation (aux pp. 301 et 302):

[TRADUCTION] La question de la traduction s'est posée à l'égard du témoignage même de l'interprète désigné par la cour lorsqu'il a été appelé à témoigner pour la défense. Le traducteur, Philip Nguyen, avait déjà servi d'interprète vietnamien désigné par la cour. Dans son bref témoignage, il a déclaré en anglais que M. Tran pesait environ cinq livres de plus lorsqu'il avait fait connaissance avec lui l'année précédente. Il a traduit des résumés de son témoignage à la fin de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. Le juge du procès lui a posé plusieurs questions afin de savoir depuis combien de temps il connaissait M. Tran, et ces questions n'ont pas été traduites pendant qu'il était à la barre des témoins.

^d Au procès, aucune objection n'a été soulevée quant au caractère suffisant de la traduction. Une partie de la traduction contestée portait sur l'interrogatoire de M. Nguyen par l'avocate de M. Tran lui-même. Ce dernier n'a déposé aucun affidavit indiquant qu'il n'avait pas compris la nature de la preuve qui pesait contre lui.

^e Nul doute que M. Tran avait droit à une traduction intégrale et aussi simultanée que possible de tous les témoignages et procédures, et non pas à de simples résumés. La pratique du témoignage traduit par le témoin lui-même ne doit pas être encouragée. Il ne saurait faire de doute que la traduction par M. Nguyen de son propre témoignage ne satisfaisait pas à la norme idéale. Voir *R. c. Petrovic* (1984), 4 O.A.C. 29; 13 C.C.C. (3d) 416 (C.A.).

^f Cela dit, la dérogation à la meilleure norme n'était pas grave au point de pouvoir prétendre qu'elle a privé M. Tran du droit d'être présent à son procès et de présenter une défense pleine et entière. Le témoignage avait

was of minor probative value, and Mr. Tran was made aware of the gist of it.

III. Points in Issue

1. Did the failure to provide the appellant with full and contemporaneous translation of all the evidence at trial, in particular the questioning and testimony of the interpreter, deny the appellant of his right to be present during the whole trial and to make full answer and defence, contrary to ss. 650(1) and (3) of the *Criminal Code*?
2. Did the above-described circumstances constitute a breach of the appellant's right to an interpreter, as guaranteed by s. 14 of the *Charter*?

IV. Analysis

This is the first appeal heard by this Court in which the right to interpreter assistance guaranteed by s. 14 of the *Charter* has been directly in issue. Section 14 provides as follows:

14. A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

Subsections 650(1) of the *Criminal Code*, which stipulates that an accused "shall be present in court during the whole of his trial", and 650(3), which entitles an accused to "make full answer and defence", are also implicated in this appeal. However, these provisions of the *Criminal Code* play a subordinate role to that of s. 14 of the *Charter*. Not only does s. 14 expressly provide for the right to the assistance of an interpreter, but also it is, by virtue of its constitutional status, part of the supreme and overarching law of the country. Section 14 of the *Charter* also has a wider reach than s. 650 of the *Code*. Section 650 applies most directly and fully to proceedings upon an indictment. The rules governing the appearance and presence of an accused in connection with offences punishable upon summary conviction are somewhat different and less rigorous: see ss. 800(2), 800(3) and 803(2)(a), but also s. 795 of the *Code*. Section 14 of the *Charter*, however, confers upon all accused, irrespective of the gravity of the

une faible valeur probante et M. Tran en a été informé de l'essentiel.

III. Questions en litige

1. Le défaut de fournir à l'appelant une traduction intégrale et concomitante de tous les témoignages au procès, particulièrement de l'interrogatoire et du témoignage de l'interprète, a-t-il privé l'appelant de son droit d'être présent pendant tout le procès et de présenter une défense pleine et entière, contrairement aux par. 650(1) et (3) du *Code criminel*?
2. Les circonstances décrites plus haut entraînent-elles une violation du droit de l'appelant à un interprète, garanti par l'art. 14 de la *Charte*?

IV. Analyse

C'est la première fois que le droit à l'assistance d'un interprète, garanti par l'art. 14 de la *Charte*, est directement soulevé devant notre Cour. L'article 14 est ainsi rédigé:

14. La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète.

Le paragraphe 650(1) du *Code criminel*, qui prévoit qu'un accusé «doit être présent au tribunal pendant tout son procès», et le par. 650(3), qui confère à l'accusé le droit de «présenter [. . .] une pleine réponse et défense», sont également en cause dans le présent pourvoi. Toutefois, ces dispositions du *Code criminel* jouent un rôle secondaire par rapport à celui de l'art. 14 de la *Charte*. Non seulement l'art. 14 prévoit-il expressément le droit à l'assistance d'un interprète, mais il fait également partie, de par son statut constitutionnel, de la loi suprême et primordiale du pays. L'article 14 de la *Charte* a également une portée plus large que l'art. 650 du *Code*. Ce dernier s'applique principalement aux procédures intentées par voie de mise en accusation. Les règles qui régissent la comparution et la présence d'un accusé relativement à des infractions punissables par voie de procédure sommaire sont quelque peu différentes et moins strictes: voir les par. 800(2) et 800(3), l'al. 803(2)a), mais également l'art. 795 du *Code*. L'ar-

offence charged and its classification, a constitutionally guaranteed right to the assistance of an interpreter where the accused does not understand or speak the language of the court.

The elevation of the right to interpreter assistance to the level of a constitutional norm is a significant step requiring, at a minimum, that the rules and principles governing interpreters which have been developed under the common law and under various statutes be reconsidered and, where necessary, adapted to fit with the dictates of the new *Charter* era. At the same time, there is no doubt that the rich body of jurisprudence which already exists with respect to interpreters, including that which has been developed under s. 650 of the *Code*, will play an important role in determining the scope of the right guaranteed by s. 14 of the *Charter*.

At the outset, I would like to make it very clear that the discussion of s. 14 of the *Charter* which follows relates specifically to the right of an accused in criminal proceedings, and must not be taken as necessarily having any broader application. In other words, I leave open for future consideration the possibility that different rules may have to be developed and applied to other situations which properly arise under s. 14 of the *Charter* — for instance, where the proceedings in question are civil or administrative in nature.

This case requires this Court to begin the process of delineating the parameters of the right to interpreter assistance, a right which is framed in very general terms under s. 14 of the *Charter*. In determining the scope of a *Charter* right, the words of Dickson J. (as he then was), writing for the Court on s. 8 of the *Charter* in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 156-57, are a useful starting point:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to pro-

ticle 14 de la *Charte* confère toutefois à tous les accusés, indépendamment de la gravité de l'infraction reprochée et de sa classification, un droit constitutionnellement garanti à l'assistance d'un interprète lorsque l'accusé ne comprend pas ou ne parle pas la langue du prétoire.

Élever le droit à l'assistance d'un interprète au rang de norme constitutionnelle est un pas important qui exige à tout le moins que les règles et les principes applicables aux interprètes, qui ont été conçus sous le régime de la common law et de diverses lois, soient reconsidérés et, si nécessaire, adaptés afin de correspondre aux préceptes de la nouvelle ère de la *Charte*. En même temps, il n'y a pas de doute que la jurisprudence abondante qui existe déjà sur la question des interprètes, dont celle qui est fondée sur l'art. 650 du *Code*, jouera un rôle important dans la détermination de la portée du droit garanti par l'art. 14 de la *Charte*.

J'aimerais avant tout préciser que l'analyse qui suit de l'art. 14 de la *Charte* porte spécifiquement sur le droit d'un accusé dans le cadre de procédures criminelles et ne doit pas être considérée comme ayant nécessairement une application plus générale. En d'autres termes, je ne me prononcerai pas pour le moment sur la possibilité qu'il soit nécessaire d'établir et d'appliquer des règles différentes à d'autres situations qui tombent à bon droit sous le coup de l'art. 14 de la *Charte* — par exemple, lorsque les procédures en question sont de nature civile ou administrative.

En l'espèce, notre Cour doit entreprendre la délimitation des paramètres du droit à l'assistance d'un interprète, lequel droit est formulé en des termes très généraux à l'art. 14 de la *Charte*. Pour déterminer la portée d'un droit garanti par la *Charte*, les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef), qui s'exprimait au nom de la Cour sur l'art. 8 de la *Charte*, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 156 et 157, constituent un point de départ utile:

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de proté-

tect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. . . .

. . . the proper approach to the interpretation of the *Charter of Rights and Freedoms* is a purposive one . . . ^a [which makes it] first necessary to specify the purpose underlying [the section of the *Charter*]: in other words, to delineate the nature of the interests it is meant to protect.

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, Dickson J. (as he then was) elaborated on how the interests which are intended to be protected by a particular *Charter* right are to be discovered:

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

The interpretive process must, therefore, begin with an examination and review of how an accused's right to the services of an interpreter has historically been interpreted and applied under the common law and statute, how it has been framed in international and European human rights instruments, and the way in which American courts have developed the right inferentially under the United States Constitution. It is only by considering the legal-historical context in which the right has evolved, combined with an examination of the language of s. 14 of the *Charter* and its relationship to other provisions of the *Charter*, that the purpose of the right and the interests sought to be protected by

ger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse . . .

. . . la façon appropriée d'aborder l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* est de considérer le but qu'elle vise [. . .] [ce qui rend] d'abord nécessaire de préciser le but fondamental de [l'article de la *Charte*] [. . .]: en d'autres termes, il faut d'abord délimiter la nature des droits qu'il vise à protéger.

^b Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a précisé la façon dont les intérêts qui sont destinés à être protégés par un droit garanti par la *Charte* doivent être déterminés:

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de notre Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Le processus d'interprétation doit donc commencer par l'examen de la façon dont le droit d'un accusé aux services d'un interprète a historiquement été interprété et appliqué sous le régime de la common law et des lois particulières, de la façon dont il a été formulé dans les textes internationaux et européens sur les droits de la personne, et de la manière dont les tribunaux américains ont déduit ce droit du texte de la Constitution des États-Unis. Ce n'est qu'en examinant le contexte historico-juridique dans lequel le droit a évolué, de même que le texte de l'art. 14 de la *Charte* et sa relation avec les autres dispositions de la *Charte*, que l'objectif du droit et les intérêts qu'il cherche à proté-

it can be discerned and its parameters begin to be defined.

(a) *Background*

(i) Common Law

Historically, the common law has not always been consistently supportive of an accused's need for the assistance of an interpreter, even in serious criminal trials. This has been noted not only in *R. v. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345 (Ont. C.A.) (aff'd [1975] 2 S.C.R. 624), at p. 347, but also more recently in *Roy v. Hackett* (1987), 45 D.L.R. (4th) 415 (Ont. C.A.), at pp. 423-24. However, with the passage of time, the protections afforded under the common law to accused persons in need of interpreter assistance have increased. This is illustrated by two recent decisions involving official language rights under the Constitution in which this Court referred to interpreter assistance as a fundamental right grounded in the rules of natural justice: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, and *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460. For a hearing to be fair, a party who has difficulty with the language of proceedings must not only understand the proceedings, but must also be understood. In *MacDonald*, Beetz J., for the majority, stated at pp. 499-500:

It is axiomatic that everyone has a common law right to a fair hearing, including the right to be informed of the case one has to meet and the right to make full answer and defence. Where the defendant cannot understand the proceedings because he is unable to understand the language in which they are being conducted, or because he is deaf, the effective exercise of these rights may well impose a consequential duty upon the court to provide adequate translation. But the right of the defendant to understand what is going on in court and to be understood is not a separate right, nor a language right, but an aspect of the right to a fair hearing.

It should be absolutely clear however that this common law right to a fair hearing, including the right of the defendant to understand what is going on in court and to

ger peuvent être cernés et que l'on peut commencer à en délimiter les paramètres.

a) *Historique*

(i) La common law

Historiquement, la common law n'a pas toujours constamment reconnu le besoin d'un accusé de recourir à l'assistance d'un interprète, même dans le cadre de procès criminels importants. C'est ce qu'on a souligné non seulement dans *R. c. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345 (C.A. Ont.) (conf. par [1975] 2 R.C.S. 624), à la p. 347, mais aussi plus récemment dans *Roy c. Hackett* (1987), 45 D.L.R. (4th) 415 (C.A. Ont.), aux pp. 423 et 424. Toutefois, avec le temps, les protections offertes en common law aux accusés ayant besoin de l'assistance d'un interprète se sont accrues. C'est ce qui ressort de deux arrêts récents mettant en cause les droits en matière de langues officielles garantis dans la Constitution, où notre Cour a décrit l'assistance d'un interprète comme étant un droit fondamental fondé sur les règles de justice naturelle: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, et *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460. Pour qu'une audition soit équitable, la partie qui éprouve des difficultés avec la langue des procédures doit non seulement comprendre les procédures, mais aussi être comprise. Dans l'arrêt *MacDonald*, le juge Beetz affirme, au nom de la Cour à la majorité, aux pp. 499 et 500:

Il va de soi que chacun jouit, en *common law*, du droit à un procès équitable, y compris le droit d'être informé de la preuve qui pèse contre lui, ainsi que le droit à une défense pleine et entière. Lorsque le défendeur ne comprend pas la procédure engagée contre lui, parce qu'il est incapable de comprendre la langue dans laquelle l'instance se déroule, ou parce qu'il est atteint de surdité, l'exercice effectif de ces droits peut fort bien imposer au tribunal une obligation corrélative de fournir une traduction appropriée. Mais le droit du défendeur de comprendre ce qui se passe dans le prétoire et d'y être compris est non pas un droit distinct, ni un droit linguistique, mais un aspect du droit à un procès équitable.

Cependant, il devrait être tout à fait clair que ce droit à un procès équitable que reconnaît la *common law*, y compris le droit du défendeur de comprendre ce qui se

be understood is a fundamental right deeply and firmly embedded in the very fabric of the Canadian legal system. That is why certain aspects of this right are entrenched in general as well as specific provisions of the *Charter* such as s. 7, relating to life, liberty and security of the person and s.14, relating to the assistance of an interpreter. [Emphasis added.]

The fundamental importance of the right of an accused to the assistance of an interpreter under the common law was also stressed by Wilson J., writing for herself and concurring in the result, in *Société des Acadiens*. She noted at p. 622 that "the ability to understand and be understood is a minimal requirement of due process".

In tracing the evolution under the common law of the right of an accused to the services of an interpreter, the case of *R. v. Kwok Leung* (1909), 4 Hong Kong L.R. 161 (Full Ct.), stands out as an early landmark decision. However, the better known authority is the English case, *R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337 (C.C.A.), which relied heavily on the principles advanced in *Kwok Leung*. In *Lee Kun*, the accused was charged with murder. He neither spoke nor understood English. Although the evidence was interpreted to him at his appearance before a magistrate (a proceeding akin to our preliminary inquiry), the evidence at his trial was not. The Court of Criminal Appeal denied leave to appeal on the ground that, even if the failure to interpret at the trial was an irregularity, there had been no substantial miscarriage of justice because the evidence at the trial was the same as that which had been presented before the magistrate. However, its dictum has proven highly influential in the subsequent development of the common law right to interpreter assistance, and continues to have considerable resonance to this day.

In short, *Lee Kun* stands for two basic propositions. First, in the case of an unrepresented person charged with a criminal offence who does not understand or speak the language of the court, the evidence given at the trial must be interpreted to

passer dans le prétoire et d'y être compris, est un droit fondamental qui est profondément et fermement enraciné dans la structure même du système juridique canadien. C'est pourquoi certains aspects de ce droit sont enchâssés tout autant sous la forme de dispositions générales que sous celle de dispositions spécifiques dans la *Charte*, comme l'art. 7 relatif à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et l'art. 14 portant sur l'assistance d'un interprète. [Je souligne.]

L'importance fondamentale du droit de l'accusé à l'assistance d'un interprète, en common law, a également été soulignée par le juge Wilson qui, dans l'arrêt *Société des Acadiens*, a rédigé ses propres motifs et souscrit au résultat. À la page 622, elle a fait remarquer que «le principe de l'équité dans les procédures judiciaires exige à tout le moins qu'il y ait une capacité de comprendre et d'être compris».

Lorsqu'on passe en revue l'évolution en common law du droit d'un accusé aux services d'un interprète, l'affaire *R. c. Kwok Leung* (1909), 4 Hong Kong L.R. 161 (la cour au complet), ressort comme une première décision marquante. Le précédent plus connu est toutefois l'arrêt anglais *R. c. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337 (C.C.A.), qui reposait largement sur les principes énoncés dans *Kwok Leung*. Dans *Lee Kun*, l'accusé était inculpé de meurtre. Il ne parlait pas et ne comprenait pas l'anglais. Bien que la preuve lui ait été traduite lors de sa comparution devant un magistrat (une procédure analogue à notre enquête préliminaire), celle produite à son procès ne l'a pas été. La Court of Criminal Appeal a refusé l'autorisation d'appeler pour le motif que, même si l'absence d'interprétation au procès était une irrégularité, aucune erreur judiciaire grave n'avait été commise puisque la preuve au procès était identique à celle qui avait été présentée devant le magistrat. Toutefois, son opinion incidente s'est avérée très influente dans l'évolution subséquente du droit de common law à l'assistance d'un interprète et elle a encore aujourd'hui des répercussions importantes.

Bref, *Lee Kun* pose deux prémisses fondamentales. Premièrement, lorsqu'une personne non représentée et accusée d'une infraction criminelle ne comprend pas et ne parle pas la langue du prétoire, la preuve présentée au procès doit lui être

him or her. This rule cannot be waived. Second, in the parallel situation of an accused represented by counsel, the evidence must also be interpreted unless the accused or counsel expresses a wish to dispense with the service and the judge is of the opinion that the accused substantially understands the nature of the evidence which is going to be given against him or her.

Over and above the statement of these two basic rules, *Lee Kun* is important for the significance it attaches to the "presence" of an accused in the active sense of understanding the proceedings. Lord Reading C.J. phrased the issue at p. 341 as follows:

The reason why the accused should be present at the trial is that he may hear the case made against him and have the opportunity, having heard it, of answering it. The presence of the accused means not merely that he must be physically in attendance, but also that he must be capable of understanding the nature of the proceedings. [Emphasis added.]

Also of note is what *Lee Kun* says about other issues which continue to be relevant to the delineation of the right today — namely, the positive obligation on our courts to ensure that those whose liberty is in jeopardy understand and are understood, waiver and the underlying rationale for providing accused persons with the assistance of an interpreter. For instance, in the ensuing passage relating to unrepresented accused, Lord Reading C.J. denied the possibility of a valid waiver, stressed the independent role of courts, and laid out the broad policy reasons why the right to interpreter assistance is to be valued and protected (at p. 341).

If [the accused] does not understand the English language, he cannot waive compliance with the rule that the evidence must be translated; he cannot dispense with it by express or implied consent, and it matters not that no application is made by him for the assistance of an interpreter. It is for the Court to see that the necessary means are adopted to convey the evidence to his intelligence, notwithstanding that, either through ignorance or timidity or disregard of his own interests, he makes no application to the Court. The reason is that the trial of a person for a criminal offence is not a contest of private interests in which the rights of parties can be waived at

traduite. On ne peut renoncer à cette règle. Deuxièmement, dans le cas analogue d'un accusé représenté par un avocat, la preuve doit également être traduite à moins que l'accusé ou l'avocat n'exprime la volonté de ne pas se prévaloir de ces services et que le juge soit d'avis que l'accusé comprend essentiellement la nature de la preuve qui sera produite contre lui.

En plus d'énoncer ces deux règles fondamentales, l'arrêt *Lee Kun* est capital en raison de l'importance qu'il attache à la «présence» de l'accusé au sens actif de comprendre les procédures. Le lord juge en chef Reading formule ainsi la question, à la p. 341:

[TRADUCTION] L'accusé devrait être présent au procès pour pouvoir entendre la preuve présentée contre lui et avoir la possibilité d'y répondre, après l'avoir entendue. La présence de l'accusé signifie non seulement qu'il doit être présent physiquement, mais également qu'il doit être en mesure de comprendre la nature des procédures. [Je souligne.]

Il y a également lieu de signaler ce qu'on dit dans l'arrêt *Lee Kun* sur les autres questions qui sont toujours pertinentes pour délimiter le droit aujourd'hui — soit l'obligation positive de nos tribunaux d'assurer que ceux dont la liberté est menacée comprennent et soient compris, la renonciation et la raison de fournir aux accusés l'assistance d'un interprète. Par exemple, dans le passage suivant qui porte sur l'accusé non représenté, le lord juge en chef Reading rejette la possibilité d'une renonciation valide, souligne le rôle indépendant des tribunaux et énonce les raisons de principe générales pour lesquelles le droit à l'assistance d'un interprète doit être valorisé et protégé (à la p. 341).

[TRADUCTION] Si [l'accusé] ne comprend pas l'anglais, il ne peut renoncer au respect de la règle portant que la preuve doit être traduite; il ne peut y renoncer ni par consentement explicite ni par consentement implicite, peu importe qu'il demande ou non l'assistance d'un interprète. Il revient à la cour de veiller à ce que soient prises les mesures nécessaires pour qu'il comprenne la preuve en dépit du fait que, par ignorance, timidité ou indifférence à l'égard de ses propres intérêts, il ne fait aucune demande à la cour. Il en est ainsi parce que le procès d'une personne accusée d'une infraction criminelle n'est pas un concours d'intérêts privés où les par-

pleasure. The prosecution of criminals and the administration of the criminal law are matters which concern the State. Every citizen has an interest in seeing that persons are not convicted of crimes, and do not forfeit life or liberty, except when tried under the safeguards so carefully provided by the law.

Importantly, Lord Reading C.J. made it clear that the overriding consideration in cases where an accused does not speak or understand the language used by the court is to ensure that injustice is not done, even where this causes inconvenience or takes up additional time, and where an accused wishes to dispense with the right or is careless in exercising it.

Lord Reading C.J.'s dictum in *Lee Kun* was expressly approved and applied in the very recent Privy Council decision, *Kunnath v. The State*, [1993] 4 All E.R. 30. The accused in *Kunnath* was from India, but was arrested in Mauritius and tried for drug trafficking there. The trial was conducted entirely in English. The accused, who was represented by counsel, spoke Malayalam. Although an interpreter was present throughout the trial, the interpreter only translated the charge to the accused and did not translate any of the evidence to the accused, apparently because he was under the impression that he could only interpret when directed to do so by the trial judge. When the accused made a statement to the court from the dock, the interpreter translated his words, including the accused's assertion that he had not understood what the witnesses had said. The accused was convicted and sentenced to death. While the case raised the interpretation and application of a provision of the Constitution of Mauritius guaranteeing the right to the assistance of an interpreter, the Privy Council decided the case on the basis of common law principles, making only a few supplementary comments on the correct interpretation of the constitutional guarantee.

In its *per curiam* decision, the Privy Council in *Kunnath* noted that, as part of his duty to ensure a fair trial, the trial judge should have made sure that effective use was made of the interpreter who had been provided to the accused. On the facts of the

ties peuvent renoncer à volonté à leurs droits. La poursuite de criminels et l'application du droit criminel concernent l'État. Tout citoyen a intérêt à ce que les personnes ne soient déclarées coupables de crimes et ne soient privées de leur vie ou de leur liberté que si elles sont jugées conformément aux garanties que la loi prend tant de soin à offrir.

Il importe de signaler que le lord juge en chef Reading a précisé que, dans les cas où l'accusé ne parle pas et ne comprend pas la langue employée par le tribunal, il faut d'abord et avant tout veiller à ce qu'aucune injustice ne soit commise, même lorsqu'il en résulte des inconvénients ou un délai supplémentaire et que l'accusé souhaite renoncer au droit ou encore l'exerce avec insouciance.

L'opinion incidente du lord juge en chef Reading dans l'arrêt *Lee Kun* a été expressément approuvée et appliquée dans l'arrêt très récent du Conseil privé, *Kunnath c. The State*, [1993] 4 All E.R. 30. Dans cette affaire, l'accusé était originaire de l'Inde, mais a été arrêté à l'île Maurice où il a été jugé pour trafic de drogue. Le procès s'est déroulé entièrement en anglais. L'accusé, qui était représenté par un avocat, parlait le malayalam. Bien que l'interprète ait été présent pendant tout le procès, il n'a traduit aucun témoignage à l'accusé, se contentant de traduire l'accusation, apparemment parce qu'il croyait ne pouvoir le faire que sur l'ordre du juge du procès. Lorsque l'accusé s'est adressé au tribunal depuis le banc des accusés, l'interprète a traduit ses propos, dont son affirmation qu'il n'avait pas compris ce que les témoins avaient dit. L'accusé a été déclaré coupable et condamné à mort. Même si l'affaire soulevait les questions de l'interprétation et de l'application d'une disposition de la Constitution de l'île Maurice garantissant le droit à l'assistance d'un interprète, le Conseil privé a tranché l'affaire selon des principes de common law, se contentant d'ajouter quelques commentaires sur l'interprétation juste de la garantie constitutionnelle.

Dans un arrêt unanime, le Conseil privé a, dans l'affaire *Kunnath*, souligné qu'en vertu de son obligation de garantir un procès équitable, le juge du procès aurait dû veiller à ce que les services d'interprète fournis à l'accusé soient réellement

case, the Privy Council found that this was not a case in which the trial judge could in any way be said to have been unaware of the accused's inability to understand the proceedings. The Privy Council reiterated at p. 35 the necessity for an accused to be meaningfully and actively present at his or her trial:

It is an essential principle of the criminal law that a trial for an indictable offence should be conducted in the presence of the accused [citations omitted] . . . the basis of this principle is not simply that there should be corporeal presence but that the accused, by reason of his presence, should be able to understand the proceedings and decide what witnesses he wishes to call, whether or not to give evidence and, if so, upon what matters relevant to the case against him [citations omitted]. An accused who has not understood the conduct of proceedings against him cannot, in the absence of express consent, be said to have had a fair trial. [Emphasis added.]

In the result, the Privy Council held that the appeal should be allowed and the conviction quashed on the ground that the accused had been deprived of the opportunity for a fair trial and that a substantial miscarriage of justice had occurred.

The recent Privy Council decision in *Kunnath* along with this Court's dicta in the official language rights cases of *MacDonald* and *Société des Acadiens* confirm that a person facing criminal charges who does not speak or understand the court's language has the right under the common law to be provided with an interpreter. The right to interpreter assistance is a means of ensuring that proceedings are fair and comply with the basic principles of natural justice.

(ii) Statute

The correlation between an accused's entitlement and obligation to be present at trial and his or her right to the assistance of an interpreter, which was first noted in early common law cases such as *Kwok Leung* and *Lee Kun*, was subsequently incorporated into courts' interpretation of the provision of the *Criminal Code* mandating an accused's

utilisés. Le Conseil privé a conclu que, d'après les faits de l'affaire, l'on ne pouvait aucunement prétendre que le juge du procès ignorait que l'accusé était incapable de comprendre les procédures. Le Conseil privé réitère, à la p. 35, la nécessité pour un accusé d'assister utilement et activement à son procès:

[TRADUCTION] Selon un principe essentiel du droit criminel, un procès relatif à un acte criminel devrait se dérouler en présence de l'accusé [citations omises] [. . .] le fondement de ce principe est non seulement que l'accusé devrait être physiquement présent, mais aussi qu'en raison de sa présence il devrait être en mesure de comprendre les procédures et de décider quels témoins il souhaite appeler, s'il témoignera ou non et, dans l'affirmative, au sujet de quelles questions pertinentes quant à la preuve qui pèse contre lui [citations omises]. On ne saurait prétendre qu'un accusé qui n'a pas compris le déroulement des procédures engagées contre lui a, en l'absence de consentement explicite, subi un procès équitable. [Je souligne.]

En définitive, le Conseil privé a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité pour le motif que l'accusé avait été privé de la possibilité de subir un procès équitable et qu'une erreur judiciaire grave avait été commise.

L'arrêt récent du Conseil privé dans *Kunnath*, de même que les opinions incidentes de notre Cour dans les affaires *MacDonald* et *Société des Acadiens*, relatives aux langues officielles, confirment qu'une personne faisant face à des accusations criminelles, qui ne parle pas ou ne comprend pas la langue du prétoire, a le droit en common law d'obtenir l'assistance d'un interprète. Ce droit est un moyen d'assurer que les procédures soient équitables et conformes aux principes fondamentaux de justice naturelle.

(ii) Les lois particulières

La corrélation entre le droit et l'obligation d'un accusé d'être présent au procès et son droit à l'assistance d'un interprète, qui a été soulignée pour la première fois dans des anciennes affaires de common law comme *Kwok Leung* et *Lee Kun*, a subseqüemment été intégrée dans l'interprétation par les tribunaux de la disposition du *Code criminel* qui

presence in court during the whole of his or her trial. The current formulation of this provision of the *Code*, which is found in s. 650(1), reads:

650. (1) Subject to subsection (2), an accused other than a corporation shall be present in court during the whole of his trial.

According to G. J. Steele, "Court Interpreters in Canadian Criminal Law" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 218, at p. 229, until the advent in this country of statutory and constitutional instruments expressly proclaiming interpretation to be a right, "[t]he entire law of court interpreters was written upon this *tabula rasa*".

It was not until 1960 that the right to interpreter assistance received express statutory recognition in Canada in the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III. Section 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* reads as follows:

2. . . . no law of Canada shall be construed or applied so as to . . .

(g) deprive a person of the right to the assistance of an interpreter in any proceedings in which he is involved or in which he is a party or a witness, before a court, commission, board or other tribunal, if he does not understand or speak the language in which such proceedings are conducted.

Apart from the obvious and most significant difference which stems from the fact that the *Charter* is a constitutional document with far broader application than the *Canadian Bill of Rights*, a mere federal statute, the primary difference between s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 14 of the *Charter* is that the latter expressly includes deaf persons and is more clearly declarative of a positive right: A. Morel, "Certain Guarantees of Criminal Procedure" in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989) 497, at pp. 526-28.

In so far as the provinces are concerned, Quebec is unique in having specific legislation which guarantees the right to an interpreter. Section 36 of its

exige qu'un accusé soit présent au tribunal pendant tout son procès. Voici le texte actuel de cette disposition du *Code* qui se trouve au par. 650(1):

650. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un accusé, autre qu'une personne morale, doit être présent au tribunal pendant tout son procès.

Selon G. J. Steele, dans «Court Interpreters in Canadian Criminal Law» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 218, à la p. 229, jusqu'à l'avènement au Canada de textes législatifs et constitutionnels proclamant expressément que l'interprétation est un droit, [TRADUCTION] «[t]out le droit en matière d'interprétation judiciaire reposait sur cette *tabula rasa*».

Ce n'est qu'en 1960 que le droit à l'assistance d'un interprète a expressément été reconnu au Canada dans la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, dont l'al. 2g) se lit ainsi:

2. . . . nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

g) privant une personne du droit à l'assistance d'un interprète dans des procédures où elle est mise en cause ou est partie ou témoin, devant une cour, une commission, un office, un conseil ou autre tribunal, si elle ne comprend ou ne parle pas la langue dans laquelle se déroulent ces procédures.

Mise à part la différence évidente et la plus importante qui découle du fait que la *Charte* est un document constitutionnel dont l'application est beaucoup plus générale que la *Déclaration canadienne des droits* qui est une simple loi fédérale, la différence fondamentale entre l'al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'art. 14 de la *Charte* réside dans le fait que ce dernier inclut expressément les personnes atteintes de surdité et est plus clairement déclaratif d'un droit positif: A. Morel, «Les garanties en matière de procédure et de peines», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989) 555, aux pp. 586 à 588.

En ce qui concerne les provinces, seul le Québec a adopté une loi qui garantit expressément le droit à un interprète. L'article 36 de sa *Charte des droits*

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, reads as follows:

36. Every accused person has a right to be assisted free of charge by an interpreter if he does not understand the language used at the hearing or if he is deaf.

What is significant about Quebec's guarantee is that, while it is limited to criminal proceedings ("[e]very accused person"), it nonetheless specifies that interpreters will be provided free of charge.

The priority given to the right to interpreter assistance of criminally accused persons, which is seen not only in Quebec's guarantee but also more generally in the jurisprudence, is echoed in international human rights instruments. For instance, both the United Nations' *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(3)(f), and the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, art. 6(3)(e), provide that everyone charged with a criminal offence has the right "to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court". While the United States' Constitution lacks a provision which expressly guarantees the right to interpreter assistance, American courts have found such a right to exist inferentially under the Fifth Amendment (right not to be deprived of liberty without due process of law), the Sixth Amendment (right of accused to confront witness against him and to have the assistance of counsel) and the Fourteenth Amendment (right not to be deprived by any State of liberty without due process of law), as well as in the counterparts to these provisions found in state constitutions: J. F. Rydstrom, "Right of Accused to Have Evidence or Court Proceedings Interpreted" (1971), 36 A.L.R.3d 276, *Negron v. New York*, 434 F.2d 386 (2nd Cir. 1970), and *Valladares v. United States*, 871 F.2d 1564 (11th Cir. 1989).

In interpreting and applying s. 650 of the *Criminal Code* and s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights*, Canadian courts have developed guidelines

et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, se lit ainsi:

36. Tout accusé a le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas la langue employée à l'audience ou s'il est atteint de surdité.

Ce qui est important au sujet de la garantie québécoise, c'est que, bien qu'elle soit limitée aux procédures criminelles («[t]out accusé»), elle précise néanmoins que les services d'un interprète seront gratuits.

La priorité accordée au droit des personnes accusées au criminel à l'assistance d'un interprète, qui ressort non seulement de la garantie québécoise, mais encore plus généralement de la jurisprudence, est reprise dans les textes internationaux sur les droits de la personne. Ainsi, tant l'al. 14(3)f) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, 999 R.T.N.U. 171, que l'al. 6(3)e) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* européenne, 213 R.T.N.U. 221, prévoient que toute personne accusée d'une infraction criminelle a le droit de «se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience». Bien que la Constitution des États-Unis soit dépourvue d'une disposition garantissant expressément le droit à l'assistance d'un interprète, les tribunaux américains ont conclu que ce droit existe implicitement en vertu du Cinquième amendement (le droit de ne pas être privé de liberté sans une procédure équitable), du Sixième amendement (le droit de l'accusé de confronter les témoins à charge et d'obtenir l'assistance d'un avocat) et du Quatorzième amendement (le droit de ne pas être privé de liberté par un État sans une procédure équitable), de même qu'en vertu des dispositions équivalentes que l'on trouve dans les Constitutions des États: J. F. Rydstrom, «Right of Accused to Have Evidence or Court Proceedings Interpreted» (1971), 36 A.L.R.3d 276, *Negron c. New York*, 434 F.2d 386 (2nd Cir. 1970), et *Valladares c. United States*, 871 F.2d 1564 (11th Cir. 1989).

En interprétant et en appliquant l'art. 650 du *Code criminel* et l'al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits*, les tribunaux canadiens ont éta-

and rules which help to shed light on the important purposes served and the interests protected by s. 14 of the *Charter*. Two decisions in particular stand out.

The first is *Reale*, *supra*, in which this Court, in brief reasons, dismissed an appeal from a decision of the Ontario Court of Appeal. The accused in *Reale* was of Italian origin and it was common ground at the trial that he required an interpreter. Although interpretation was provided during the trial, the trial judge refused, despite defence counsel's objection, to permit his charge to the jury to be interpreted to the accused because of concern that the interpreter's voice might distract the jury. The accused was convicted of non-capital murder. On appeal, the Ontario Court of Appeal held, in a *per curiam* decision, that the denial of contemporaneous translation of the charge to the jury violated both s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 650(1) (then s. 577(1)) of the *Criminal Code*.

With respect to s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights*, the Court of Appeal in *Reale* stated at pp. 349-50:

In our opinion, the right not to be deprived of the assistance of an interpreter when the circumstances require such assistance extends to every essential part of the proceedings and in the circumstances of this case there was an infringement of a fundamental right of the accused which is protected by the *Canadian Bill of Rights*. No doubt the right of an accused to the assistance of an interpreter with respect to some part of the proceedings may, in proper circumstances, be waived or dispensed with, in which case the accused would not be "deprived" of any right. In the present case counsel for the appellant at the trial did not waive the appellant's right to the assistance of an interpreter but, on the contrary, urged that he should continue to be provided with the services of the interpreter during the Judge's charge.

(As an aside, the Court of Appeal's suggestion that waiver of the right under s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* was possible and could be achieved by counsel was confirmed in its subsequent decision in *R. v. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183 (Ont. C.A.), leave to appeal refused [1974] S.C.R. ix, where counsel's failure to object at trial in circumstances almost identical to those in *Reale*

bli des lignes directrices et des règles qui aident à clarifier les importants objectifs de l'art. 14 de la *Charte*, ainsi que les intérêts qu'il protège. Deux arrêts ressortent en particulier.

Le premier est l'arrêt *Reale*, précité, où, dans de brefs motifs, notre Cour a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. L'accusé, dans cette affaire, était d'origine italienne et tous s'entendaient au procès pour dire qu'il avait besoin d'un interprète. Bien que les services d'un interprète aient été fournis pendant le procès, le juge du procès a refusé, malgré l'opposition de l'avocat de la défense, de permettre que son exposé au jury soit traduit à l'accusé de crainte que la voix de l'interprète ne distraie le jury. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre non qualifié. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'unanimité que le refus d'accorder une traduction concomitante de l'exposé au jury violait tant l'al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits* que le par. 650(1) (alors le par. 577(1)) du *Code criminel*.

Quant à l'al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour d'appel déclare, aux pp. 349 et 350 de l'arrêt *Reale*:

[TRADUCTION] À notre avis, le droit de ne pas être privé de l'assistance d'un interprète lorsque les circonstances requièrent cette assistance s'étend à toute partie essentielle des procédures, et en l'espèce, il y a eu violation d'un droit fondamental de l'accusé garanti par la *Déclaration canadienne des droits*. Nul doute que l'accusé peut, dans les circonstances appropriées, renoncer à son droit à l'assistance d'un interprète à l'égard de certaines parties des procédures et, dans ce cas, l'accusé ne serait «privé» d'aucun droit. En l'espèce, l'avocat de l'appelant au procès n'a pas renoncé au droit de son client à l'assistance d'un interprète. Au contraire, il a insisté pour qu'il continue de bénéficier des services de l'interprète pendant l'exposé du juge.

(À titre d'aparté, la proposition de la Cour d'appel voulant qu'il fût possible de renoncer au droit garanti par l'al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits* et que cela pouvait être fait par l'avocat a été confirmée dans l'arrêt subséquent *R. c. Hijazi* (1974), 20 C.C.C. (2d) 183 (C.A. Ont.), autorisation d'appeler refusée [1974] R.C.S. ix, où l'omission de l'avocat de s'opposer au procès dans des

proved to be fatal. In light of the elevation of the right to interpreter assistance to the level of a constitutional norm, the issue of waiver is clearly one which will need revisiting under s. 14 of the *Charter*.)

With respect to s. 650 of the *Code*, the Court of Appeal in *Reale* again reiterated that more than mere physical presence at a trial is required to satisfy the provision. An accused must be "present" in the sense of being able to understand the language of the proceedings. The court stated at p. 354:

We are of the opinion that the accused, by reason of being deprived of the assistance of the interpreter during the trial Judge's charge, was not present for that part of the proceedings within the meaning of s. 577 [now s. 650] of the *Criminal Code*. We are of the view that he was no more present than if he were unconscious as the result of a heart attack or a stroke, and was as effectively denied any meaningful presence as if he had been physically removed from the court-room during that part of the proceedings.

In the result, the Court of Appeal in *Reale* quashed the conviction and ordered a new trial on the basis that the curative provision of the *Criminal Code*, s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)), should not be applied because the accused "did not have a trial according to law" (p. 356). In a brief judgment, the majority of this Court *per* Laskin C.J. approved the Court of Appeal's reasons and dismissed the appeal, citing in particular its agreement with "making s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* the principal ground of its order for a new trial" (p. 627).

The second case which I find helpful, particularly with respect to how it links the right to be present with concerns for fairness in the criminal justice system, is that of *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.), cited with approval in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 705-7, *per* Dickson C.J. for the majority, and *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, *per* Lamer J (as he

circstances quasi identiques à celles de l'affaire *Reale* s'est révélée fatale. Puisque le droit à l'assistance d'un interprète a été élevé au rang de norme constitutionnelle, la question de la renonciation en est une qui devra clairement être revue sous l'angle de l'art. 14 de la *Charte*.)

En ce qui concerne l'art. 650 du *Code*, la Cour d'appel a encore une fois réitéré, dans *Reale*, qu'il faut plus que la simple présence physique au procès pour satisfaire à la disposition. L'accusé doit être «présent» au sens d'être capable de comprendre la langue des procédures. La cour déclare, à la p. 354:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que, du fait qu'il a été privé de l'assistance d'un interprète pendant l'exposé du juge du procès, l'accusé n'était pas présent pendant cette partie des procédures, au sens de l'art. 577 [maintenant l'art. 650] du *Code criminel*. Nous estimons qu'il n'était pas plus présent que s'il avait été inconscient à la suite d'un infarctus ou d'un accident cérébrovasculaire, et qu'on lui a effectivement refusé toute présence utile tout comme s'il avait été expulsé de la salle d'audience pendant cette partie des procédures.

En définitive, la Cour d'appel a, dans l'arrêt *Reale*, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour le motif qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 613(1)(b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)), parce que l'accusé [TRADUCTION] «n'a pas subi son procès conformément à la loi» (p. 356). Dans un bref jugement, le juge en chef Laskin a, au nom de notre Cour à la majorité, approuvé les motifs de la Cour d'appel et rejeté le pourvoi, précisant notamment qu'il était d'accord avec celle-ci «lorsqu'elle «fai[sait] de l'al. g) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* le motif principal de sa décision d'ordonner un nouveau procès» (p. 627).

Le second arrêt que je trouve utile, particulièrement en ce qui concerne la manière dont il lie le droit d'être présent au procès à un souci d'équité dans le système de justice criminelle, est *R. c. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.), cité et approuvé dans *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, aux pp. 705 à 707, le juge en chef Dickson au nom de la Cour à la majorité, et dans *Vézina c. La*

then was) for the Court. *Hertrich* was decided under s. 650 (then s. 577) of the *Criminal Code*. While interpretation was not an issue, *Hertrich* nonetheless provides important insight into the reasons why an accused's presence and, therefore, understanding are important values which need to be upheld. As such, *Hertrich* is useful when considering the kinds of interests which s. 14 of the *Charter* is meant to protect.

On two separate occasions during the first degree murder trial in *Hertrich*, the trial judge learned that individual jurors had received anonymous telephone calls conveying negative information about Skinner, one of the seven accused. On the first occasion, which is the one most relevant to the outcome of the case, the judge examined two of the jurors for bias. The judge's interviews of the jurors took place, over the objections of defence counsel, in the absence of the seven accused. Satisfied that the jurors in question had not been influenced by the messages, the judge dismissed the motion for a mistrial. Skinner, along with two others, was eventually convicted.

After examining various authorities, Martin J.A. for the Ontario Court of Appeal concluded that the rule requiring the presence of the accused at all stages of the trial exists not only to enable the accused to hear the case against him or her and to make full answer and defence, but also to allow him or her to witness, first-hand, all the proceedings which could affect his or her vital interests. Martin J.A. explained at p. 537:

The essential reason the accused is entitled to be present at his trial is that he may hear the case made out against him and, having heard it, have the opportunity of answering it: *R. v. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. The right of the accused to be present at his trial, however, also gives effect to another principle. Fairness and openness are fundamental values in our criminal justice system. The presence of the accused at all stages of his trial affords him the opportunity of acquiring

Reine, [1986] 1 R.C.S. 2, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) au nom de la Cour. L'affaire *Hertrich* a été tranchée en fonction de l'art. 650 (alors l'art. 577) du *Code criminel*. Même si la question de l'interprétation n'y est pas en cause, l'arrêt *Hertrich* donne néanmoins un bon aperçu des raisons pour lesquelles la présence d'un accusé et, par conséquent, sa compréhension sont des valeurs importantes qui doivent être maintenues. À ce titre, *Hertrich* est utile pour considérer les types d'intérêts que l'art. 14 de la *Charte* est destiné à protéger.

À deux reprises pendant le procès pour meurtre au premier degré dans l'affaire *Hertrich*, le juge du procès a appris que des jurés avaient reçu des appels téléphoniques anonymes leur donnant des renseignements négatifs sur Skinner, l'un des sept accusés. À la première occasion, celle qui nous intéresse le plus relativement à l'issue de l'affaire, le juge a interrogé deux des jurés pour vérifier s'ils étaient partiels. Les interrogatoires des jurés par le juge ont eu lieu, malgré l'opposition de l'avocat de la défense, en l'absence des sept accusés. Convaincu que les jurés en question n'avaient pas été influencés par les messages, le juge a rejeté la requête en annulation du procès. Skinner et deux autres accusés ont finalement été déclarés coupables.

Après avoir examiné divers précédents, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la règle exigeant la présence de l'accusé à toutes les étapes du procès est là non seulement pour lui permettre d'entendre la preuve qui pèse contre lui et de présenter une défense pleine et entière, mais encore pour lui permettre d'assister directement à toutes les procédures qui pourraient toucher à ses intérêts vitaux. Le juge Martin explique, à la p. 537:

[TRADUCTION] La raison essentielle pour laquelle l'accusé a le droit d'être présent à son procès est de lui permettre d'entendre la preuve qui pèse contre lui, et, après l'avoir entendue, d'avoir la possibilité d'y répondre: *R. c. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. Le droit de l'accusé d'être présent à son procès, toutefois, fait aussi entrer en jeu un autre principe. L'équité et la transparence sont des valeurs fondamentales de notre justice criminelle. La présence de l'accusé à tous les stades de

first-hand knowledge of the proceedings leading to the eventual result of the trial. The denial of that opportunity to an accused may well leave him with a justifiable sense of injustice. Indeed, in my view, an examination of the Canadian decisions shows that the latter principle is, in fact, the implicit and overriding principle underlying those decisions. [Two examples of cases provided.] [Emphasis added.]

Having defined the rationale behind s. 650 of the *Code* in broad, purposive terms, Martin J.A. then had to decide whether the judge's interviews of jurors in the absence of the accused fell within the meaning of "trial" in s. 650. He concluded that they did. In his view, they could not be characterized as merely collateral inquiries into extrinsic matters. The basis for Martin J.A.'s finding was as follows (at p. 537):

If the question whether the in-chambers examination of the jurors on April 6th was a part of the trial depended solely upon whether the appellants' absence affected their opportunity to defend themselves the proceeding could not, I think, be properly characterized as part of the trial. I cannot think that the appellants' presence at the in-chambers examination of the jurors in which they were represented by counsel would have been of any benefit to them in defending themselves or that their absence prejudiced their opportunity of defending themselves. As I have previously indicated, however, I do not consider that this is the exclusive criterion upon which the characterization of a proceeding as a part of the trial depends. Rather the characterization of a proceeding as a part of the trial in relation to the accused's right to be present at the proceeding would seem to depend upon whether his exclusion from the proceeding violates his right to be present so that at all times he may have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests. [Emphasis added.]

In the result, Martin J.A. found that, by denying the accused the right to confront the jurors directly in a situation where their impartiality was being questioned, s. 650 of the *Code* had been violated and a new trial would have to be ordered. In other words, the appearance of unfairness that had been created by the judge's response to the incidents in question — i.e., his interviews of the jurors in the

son procès lui donne la possibilité de prendre directement connaissance de la procédure conduisant au résultat éventuel du procès. Refuser à l'accusé cette possibilité peut fort bien lui faire éprouver un sentiment légitime d'injustice. Et même, à mon avis, l'examen de la jurisprudence canadienne montre que ce dernier principe est, en fait, le principe implicite mais prépondérant qui sous-tend cette jurisprudence. [Deux affaires sont citées en exemple.] [Je souligne.]

Ayant défini la raison d'être de l'art. 650 du *Code* en des termes larges et fondés sur l'objet visé, le juge Martin devait ensuite décider si les interrogatoires de jurés par le juge en l'absence de l'accusé faisaient partie du «procès» au sens de l'art. 650. Il a conclu par l'affirmative. À son avis, ils ne pouvaient être qualifiés de simples interrogatoires accessoires sur des questions extrinsèques. La conclusion du juge Martin est justifiée ainsi (à la p. 537):

[TRADUCTION] Si la question de savoir si l'interrogatoire en chambre des jurés, le 6 avril, faisait partie du procès reposait uniquement sur celle de savoir si l'absence des appelants a miné leur chance de se défendre, la procédure ne pourrait pas à mon avis être décrite à bon droit comme faisant partie du procès. Je ne puis croire que la présence des appelants lors de l'interrogatoire en chambre des jurés, au cours duquel ils étaient représentés par les avocats, leur aurait permis de mieux se défendre, ou que leur absence a compromis leurs chances de se défendre. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, je ne crois pas qu'il s'agisse là du critère exclusif sur lequel repose la qualification d'une procédure comme faisant partie du procès. Au contraire, la qualification d'une procédure comme faisant partie intégrante du procès, par rapport au droit de l'accusé d'être présent pendant qu'elle se déroule, semble dépendre de la question de savoir si son exclusion de cette procédure a pour effet de violer son droit d'être présent de manière à pouvoir, en tout temps, avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux. [Je souligne.]

En définitive, le juge Martin a conclu qu'en refusant aux accusés le droit de confronter les jurés directement dans une situation où leur impartialité était mise en doute, on a violé l'art. 650 du *Code* et un nouveau procès devrait être ordonné. En d'autres termes, l'apparence d'inéquité créée par la réaction du juge aux incidents en question — c.-à-d. ses interrogatoires des jurés en l'absence de

absence of the accused — proved to be fatal and the convictions could not be upheld.

The case of *Hertrich* is important because it makes it clear that an accused need not demonstrate any actual prejudice flowing from his or her exclusion from the trial — i.e., that he or she was in fact impeded in his or her ability to make full answer and defence. Prejudice is a sufficient but not a necessary condition for a violation of the right to be present under s. 650 of the *Code*. For a violation of the right to be present under s. 650 to be made out, it is enough that an accused was excluded from a part of the trial which affected his or her vital interests. Importantly, the two rationales provided in *Hertrich* for the right of an accused to be present at his or her trial — i.e., full answer and defence, and first-hand knowledge of proceedings which affect vital interests — need not necessarily overlap. For instance, as was the case in *Hertrich*, there will be situations where an accused's right to full answer and defence is not prejudiced, but his or her right to first-hand knowledge of proceedings affecting his or her vital interests is negatively affected.

The argument that the presence of an accused throughout his or her trial has independent value over and beyond actual impact on an accused's right to full answer and defence is also advanced in the leading American authority on the right to interpreter assistance, *Negron, supra*. In *Negron*, the defendant was charged with murder. The defendant spoke only Spanish. His counsel spoke English. Without the aid of an interpreter, the defendant was unable to communicate with his counsel, or to understand the English-speaking witnesses, the judge and the prosecutor. The only interpretation provided was "spasmodic and irregular" (p. 388), with most of it consisting of brief summaries of witnesses' testimony during recesses in the trial. This prompted Kaufman J., who delivered the opinion of the Second Circuit Court of Appeals, to observe at p. 388: "To *Negron*, most of the trial must have been a babble of voices." The defendant was convicted.

l'accusé — s'est avérée fatale et les déclarations de culpabilité ne pouvaient être maintenues.

L'arrêt *Hertrich* est important parce qu'il précise qu'un accusé n'est pas tenu de démontrer que son exclusion du procès lui a causé un préjudice réel, c.-à-d. que sa capacité de présenter une défense pleine et entière a effectivement été entravée. Le préjudice est une condition suffisante mais non nécessaire pour qu'il y ait violation du droit d'être présent prévu à l'art. 650 du *Code*. Pour que la violation du droit d'être présent prévu à l'art. 650 soit établie, il suffit que l'accusé ait été exclu d'une partie du procès qui a touché à ses intérêts vitaux. Il importe de remarquer que les deux raisons données dans *Hertrich* pour justifier le droit d'un accusé d'être présent à son procès — c.-à-d. la défense pleine et entière et la connaissance directe des procédures qui touchent à ses intérêts vitaux — ne doivent pas nécessairement se chevaucher. Par exemple, comme c'était le cas dans *Hertrich*, il y aura des cas où le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière ne subira aucun préjudice, alors qu'il y aura atteinte à son droit à une connaissance directe des procédures qui touchent à ses intérêts vitaux.

On fait également valoir dans *Negron*, précité, l'arrêt de principe américain sur le droit à l'assistance d'un interprète, que la présence d'un accusé pendant tout son procès a une valeur indépendante qui s'ajoute à l'effet véritable sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Dans cette affaire, le défendeur, qui ne parlait que l'espagnol, était accusé de meurtre. Son avocat parlait anglais. Sans interprète, le défendeur était incapable de communiquer avec son avocat ou de comprendre les témoins anglophones, le juge et le procureur de la poursuite. La seule interprétation fournie était [TRADUCTION] «inégal et irrégulier» (p. 388) et consistait en majeure partie à faire de brefs résumés des témoignages pendant les pauses du procès. Cela a amené le juge Kaufman, qui a prononcé l'opinion de la Second Circuit Court of Appeals, à faire observer ceci, à la p. 388: [TRADUCTION] «Pour *Negron*, le procès a dû être, en majeure partie, une cacophonie.» Le défendeur a été déclaré coupable.

In affirming a lower court decision granting the accused's petition for a writ of *habeas corpus*, Kaufman J. explained, at p. 389, that the right to the services of an interpreter goes beyond the right to confrontation protected by the Sixth Amend-
ment, and is a critical component of due process.

... the right that was denied Negron seems to us even more consequential than the right of confrontation. Con-
siderations of fairness, the integrity of the fact-finding
process, and the potency of our adversary system of jus-
tice forbid that the state should prosecute a defendant
who is not present at his own trial [citations omitted],
unless by his own conduct he waives that right. [Cita-
tions omitted.] And it is equally imperative that every
criminal defendant — if the right to be present is to have
meaning — possess “sufficient present ability to consult
with his lawyer with a reasonable degree of rational
understanding.” [Citations omitted.] Otherwise, “[t]he
adjudication loses its character as a reasoned interaction
* * * and becomes an invective against an insensible
object.” [Citations omitted.] [Emphasis added.]

This point was reiterated later when Kaufman J.
stated at p. 390: “Not only for the sake of effective
cross-examination, however, but as a matter of
simple humaneness, Negron deserved more than to
sit in total incomprehension as the trial proceeded”
(emphasis added).

It is clear that the right to the assistance of an
interpreter of an accused who cannot communicate
or be understood for language reasons is based on
the fundamental notion that no person should be
subject to a Kafkaesque trial which may result in
loss of liberty. An accused has the right to know in
full detail, and contemporaneously, what is taking
place in the proceedings which will decide his or
her fate. This is basic fairness. Even if a trial is
objectively a model of fairness, if an accused oper-
ating under a language handicap is not given full
and contemporaneous interpretation of the pro-
ceedings, he or she will not be able to assess this
for him or herself. The very legitimacy of the jus-
tice system in the eyes of those who are subject to
it is dependent on their being able to comprehend
and communicate in the language in which the
proceedings are taking place.

En confirmant la décision du tribunal inférieur
d'accueillir la requête de l'accusé en bref d'*habeas*
corpus, le juge Kaufman explique, à la p. 389, que
le droit d'obtenir les services d'un interprète va au-
delà du droit à la confrontation garanti par le
Sixième amendement et constitue un élément cru-
cial de l'application régulière de la loi.

[TRADUCTION] ... le droit dont a été privé Negron nous
semble être même plus important que le droit à la con-
frontation. Des considérations d'équité, l'intégrité du
processus de recherche des faits et l'efficacité de notre
système de justice accusatoire empêchent l'État de pour-
sivre un défendeur qui n'est pas présent à son propre
procès [citations omises], à moins que, par son propre
comportement, il ne renonce à ce droit. [Citations omi-
ses.] En outre, il est tout aussi indispensable que tout
défendeur au criminel — si le droit d'être présent doit
avoir un sens — soit «suffisamment en mesure de con-
sulter son avocat avec un degré raisonnable de compré-
hension rationnelle.» [Citations omises.] Autrement,
«[l]a prise de décision perd son caractère d'interaction
raisonnée * * * et devient une invective dirigée contre
un objet inerte.» [Citations omises.] [Je souligne.]

C'est ce qui est réitéré plus loin lorsque le juge
Kaufman déclare, à la p. 390: [TRADUCTION] «Non
seulement au nom de l'efficacité du contre-interro-
gatoire, mais également au nom de la simple
humanité, Negron méritait plus que de rester dans
l'incompréhension totale pendant le déroulement
du procès» (je souligne).

Il est clair que le droit à l'assistance d'un inter-
prète qu'a l'accusé qui ne peut communiquer ni
être compris pour des raisons linguistiques repose
sur l'idée fondamentale que personne ne devrait
avoir à subir un procès kafkaïen qui risque d'en-
traîner une perte de liberté. L'accusé a le droit de
savoir exactement et de façon concomitante ce qui
se produit pendant les procédures qui décideront
de son sort. C'est une question d'équité fonda-
mentale. Même si, objectivement, un procès est un
modèle d'équité, si l'accusé qui souffre d'un han-
dicap linguistique ne bénéficie pas d'une interpré-
tation intégrale et concomitante des procédures, il
est incapable d'en juger par lui-même. La légiti-
mité même du système de justice aux yeux de ceux
qui y sont soumis repose sur leur capacité de com-
prendre et de communiquer dans la langue dans
laquelle les procédures se déroulent.

(iii) Relationship with Other Charter Provisions

Support for an expansive interpretation of s. 14 may also be found within the *Charter* itself. This Court has already indicated that provisions of the *Charter* are not to be read in isolation, but rather interpreted in light of one another: e.g., *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, per Wilson and La Forest JJ., *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, per Lamer J. (as he then was), and *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357. It has already been noted by this Court that s. 7 of the *Charter* is a general expression of the legal rights contained in ss. 8 to 14 of the *Charter*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, per Lamer J. (as he then was), at p. 502. Not surprisingly, therefore, s. 14 bears a close relationship to s. 7 and the other "legal rights" guaranteed under the *Charter*. Indeed, I would argue that the right to interpreter assistance under s. 14 is a means of ensuring that criminal proceedings comply with the constitutional guarantee of a fair and public hearing found in s. 11(d) of the *Charter*. At the same time, the force of s. 14 can be understood in part by reference not only to the right to make full answer and defence, but also to the right to have full disclosure of the case which has to be answered prior to making one's defence, both rights which are protected under ss. 7 and 11 of the *Charter*. Indeed, the close connection between s. 14 and these other *Charter* guarantees suggests that the right to interpreter assistance in the criminal context should be considered a "principle of fundamental justice" within the meaning of s. 7 of the *Charter*.

Sections 15 (equality rights), 25 (aboriginal rights) and 27 (multicultural heritage) of the *Charter* also speak to the importance of the right to interpreter assistance in Canadian society. Section 27, which mandates that the *Charter* be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians, is particularly germane. In so far as a multicultural heritage is necessarily a multilingual one, it follows that a multicultural society can only

(iii) Lien avec les autres dispositions de la Charte

L'interprétation large de l'art. 14 peut également se justifier par la *Charte* elle-même. Notre Cour a déjà indiqué que les dispositions de la *Charte* doivent s'interpréter non pas isolément, mais plutôt l'une en fonction de l'autre: voir, par ex., *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, les juges Wilson et La Forest, *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Notre Cour a déjà fait observer que l'art. 7 de la *Charte* est une expression générale des garanties juridiques contenues aux art. 8 à 14 de la *Charte*: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 502. Il n'est donc pas surprenant que l'art. 14 soit étroitement lié à l'art. 7 et aux autres «garanties juridiques» offertes par la *Charte*. En fait, je dirais que le droit à l'assistance d'un interprète garanti par l'art. 14 est un moyen d'assurer que les procédures criminelles respectent la garantie constitutionnelle d'un procès public et équitable prévue à l'al. 11d) de la *Charte*. En même temps, la force de l'art. 14 peut être saisie en partie sous l'angle non seulement du droit de présenter une défense pleine et entière, mais encore du droit à la divulgation complète de la preuve à laquelle il faut répondre avant de présenter sa défense, ces deux droits étant garantis par les art. 7 et 11 de la *Charte*. En réalité, le lien étroit qui existe entre l'art. 14 et ces autres garanties de la *Charte* laisse entendre que le droit à l'assistance d'un interprète dans le contexte criminel devrait être considéré comme un «principe de justice fondamentale» au sens de l'art. 7 de la *Charte*.

Les articles 15 (droits à l'égalité), 25 (droits des autochtones) et 27 (maintien du patrimoine culturel) de la *Charte* reflètent également l'importance du droit à l'assistance d'un interprète dans la société canadienne. L'article 27, selon lequel toute interprétation de la *Charte* doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, est particulièrement pertinent. Dans la mesure où le patrimoine culturel est nécessairement multilingue,

be preserved and fostered if those who speak languages other than English and French are given real and substantive access to the criminal justice system. Just as s. 27 has already been held to be relevant to the interpretation of freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 752, and *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263), so too should it be a factor when considering how to define and apply s. 14 of the *Charter*.

(iv) Conclusions on the Purposes Served by Section 14

The right of an accused person who does not understand or speak the language of the proceedings to obtain the assistance of an interpreter serves several important purposes. First and foremost, the right ensures that a person charged with a criminal offence hears the case against him or her and is given a full opportunity to answer it. Second, the right is one which is intimately related to our basic notions of justice, including the appearance of fairness. As such, the right to interpreter assistance touches on the very integrity of the administration of criminal justice in this country. Third, the right is one which is intimately related to our society's claim to be multicultural, expressed in part through s. 27 of the *Charter*. The magnitude of these interests which are protected by the right to interpreter assistance favours a purposive and liberal interpretation of the right under s. 14 of the *Charter*, and a principled application of the right.

Importantly, the underlying principle behind all of the interests protected by the right to interpreter assistance under s. 14 is that of linguistic understanding. The centrality of this principle is evident not only from the general jurisprudence dealing with interpreters, but also more directly from the language of s. 14 itself, which refers to "not understand[ing] or speak[ing] the language in which the proceedings are conducted". The level of understanding protected by s. 14 will, therefore, necessarily be high. Indeed, it has been suggested that a party must have the same basic opportunity to

il s'ensuit qu'une société multiculturelle ne peut être préservée et favorisée que si ceux qui s'expriment en d'autres langues que le français et l'anglais ont un accès véritable et concret au système de justice criminelle. Tout comme on a déjà jugé que l'art. 27 est pertinent pour interpréter la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte* (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 752, et *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263), cet article devrait également entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'examiner la façon de définir et d'appliquer l'art. 14 de la *Charte*.

(iv) Conclusions sur les objectifs auxquels répond l'art. 14

Le droit d'un accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue des procédures d'obtenir l'assistance d'un interprète répond à plusieurs objectifs importants. D'abord et avant tout, il garantit que la personne accusée d'une infraction criminelle entend la preuve qui pèse contre elle et a pleinement l'occasion d'y répondre. Ensuite, le droit est étroitement lié à nos notions fondamentales de justice, dont l'apparence d'équité. En tant que tel, le droit à l'assistance d'un interprète touche l'intégrité même de l'administration de la justice criminelle au Canada. Enfin, le droit est intimement lié à notre prétention d'être une société multiculturelle, exprimée en partie à l'art. 27 de la *Charte*. L'importance des intérêts qui sont protégés par le droit à l'assistance d'un interprète favorise une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé du droit garanti à l'art. 14 de la *Charte*, ainsi qu'une application de ce droit qui soit fondée sur des principes.

Il importe de souligner que le principe qui sous-tend tous les intérêts protégés par le droit à l'assistance d'un interprète, que garantit l'art. 14, est la compréhension linguistique. L'importance de ce principe ressort non seulement de la jurisprudence générale en matière de services d'interprète, mais également plus directement du texte de l'art. 14 lui-même, qui parle de ne pas «compre[n]dre ou ne [pas] parle[r] la langue employée». Le niveau de compréhension visé par l'art. 14 sera donc nécessairement élevé. En fait, on a laissé entendre qu'une partie doit avoir la même possibilité fonda-

understand and be understood as if he or she were conversant in the language of the court. For example, in the immigration case, *Tung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 124 N.R. 388 (F.C.A.), Stone J.A. stated at p. 392:

In my opinion, the appellant was entitled, through the interpreter, to tell the story of his fear in his own language as well he might have done had he been able to communicate to the Board in the English language. Natural justice demanded no less. [Emphasis added.]

Similarly, in *United States v. Joshi*, 896 F.2d 1303 (1990), the U.S. Court of Appeals, 11th Circuit, held that the “general standard for the adequate translation of trial proceedings requires continuous word for word translation of everything relating to the trial a defendant conversant in English would be privy to hear” (p. 1309) (emphasis added). This view is echoed by Steele, who writes in “Court Interpreters in Canadian Criminal Law”, *supra*, at p. 240, that,

[a]n interpretation of testimony should be as good as — no better and no worse than — the testimony that the applicant would give if the source language were the language of the court, due allowance being given for the circumstance that the testimony is, in fact, being interpreted. [Emphasis added.]

At the same time, however, the principle of linguistic understanding which underpins the right to interpreter assistance should not be elevated to the point where those with difficulty communicating in or comprehending the language of the proceedings, be it English or French, are given or seen to be given unfair advantages over those who are fluent in the court’s language. Ultimately, the purpose of the right to interpreter assistance is to create a level and fair playing field, not to provide some individuals with more rights than others.

(b) *Framework for Determining a Violation of Section 14*

In determining the scope of the right to interpreter assistance under s. 14 of the *Charter*, care

mentale de comprendre et d’être comprise que si elle connaissait la langue du prétoire. Par exemple, dans l’affaire d’immigration *Tung c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 124 N.R. 388 (C.A.F.), le juge Stone déclare, à la p. 392:

À mon avis, l’appelant avait le droit de relater dans sa langue, par l’entremise de l’interprète, les faits qui justifiaient sa crainte tout comme il aurait pu le faire s’il avait pu s’exprimer en anglais devant la Commission. La justice naturelle n’exigeait rien moins que cela. [Je souligne.]

De même, dans *United States c. Joshi*, 896 F.2d 1303 (1990), la U.S. Court of Appeals, 11th Circuit, a conclu que, [TRADUCTION] «selon la norme générale applicable pour traduire adéquatement les procédures du procès, il faut traduire mot à mot et de façon continue tout ce qui concerne le procès et que le défendeur qui connaît l’anglais serait en mesure de comprendre» (p. 1309) (je souligne). Cette opinion est reprise par Steele, qui écrit dans «Court Interpreters in Canadian Criminal Law», *loc. cit.*, à la p. 240, que:

[TRADUCTION] [l]a traduction des témoignages devrait être aussi bonne — ni meilleure ni pire — que le témoignage que le requérant donnerait si la langue de départ était la langue du prétoire, compte tenu du fait que le témoignage est, en réalité, interprété. [Je souligne.]

En même temps, le principe de la compréhension linguistique qui sous-tend le droit à l’assistance d’un interprète ne devrait toutefois pas être élevé au point où ceux qui parlent ou comprennent difficilement la langue des procédures, peu importe que ce soit le français ou l’anglais, reçoivent ou paraissent recevoir des avantages injustes par rapport à ceux qui parlent couramment la langue du prétoire. L’objectif ultime du droit à l’assistance d’un interprète est d’accorder à tous des chances égales et non pas d’accorder à certaines personnes plus de droits qu’à d’autres.

(b) *Cadre permettant de déterminer si l’art. 14 est violé*

Pour déterminer la portée du droit à l’assistance d’un interprète, que garantit l’art. 14 de la *Charte*,

must be taken in defining what constitutes an appropriate standard of interpretation, what the considerations should be in deciding whether a particular departure from this standard is constitutionally permissible, where the burden of persuasion (and, therefore, risk of non-persuasion) lies, whether the right can be waived, and what the remedy for a violation of the right should be. The framework of analysis which I propose be applied to determine whether there has in fact been a breach of s. 14 is, in short, as follows.

First, it must be clear that the accused was actually in need of interpreter assistance — i.e., that he or she did not understand or speak the language being used in court. Although the ultimate burden of proof in establishing the required level of need rests, of course, on the party asserting that he or she has suffered a violation of his or her s. 14 rights, it is important to appreciate that the right to interpreter assistance is not one which must necessarily have been invoked or asserted in order to be enjoyed. As part of their control over their own proceedings, courts have an independent responsibility to ensure that those who are not conversant in the language being used in court understand and are understood. Accordingly, unless the issue of interpretation is only being raised for the first time on appeal and/or there is some question as to whether the right is being asserted in bad faith, establishing “need” will not normally be an onerous step.

Second, the claimant of the right must show, assuming it is not a case of a complete denial of an interpreter but one involving some alleged deficiency in the interpretation actually provided, that there has been a departure from the basic, constitutionally guaranteed standard of interpretation. For the purposes of this appeal, I define this standard as one of continuity, precision, impartiality, competency and contemporaneousness.

Third, the claimant must establish that the alleged lapse in interpretation occurred in the course of the proceedings themselves when a vital interest of the accused was involved — i.e., while

il faut prendre soin de déterminer ce qui constitue une norme d'interprétation juste, quels sont les facteurs dont il faudrait tenir compte pour décider si une dérogation à cette norme est admissible sur le plan constitutionnel, à qui incombe le fardeau de persuasion (et, par conséquent, qui assume le risque de non-persuasion), s'il peut être renoncé au droit en cause et de quelle façon il devrait être remédié à la violation de ce droit. Le cadre analytique qui, selon moi, doit être appliqué pour déterminer s'il y a effectivement eu violation de l'art. 14 est, en bref, le suivant.

Premièrement, il doit être clair que l'accusé avait effectivement besoin de l'assistance d'un interprète — c.-à-d. qu'il ne comprenait pas ou ne parlait pas la langue du prétoire. Bien que ce soit évidemment à la partie qui prétend avoir subi une violation des droits que lui garantit l'art. 14, qu'il incombe, en dernière analyse, d'établir le niveau requis de besoin, il importe de comprendre qu'il n'est pas nécessaire d'avoir invoqué ou fait valoir le droit à l'assistance d'un interprète pour en jouir. Dans le cadre du contrôle qu'ils exercent sur leur propre procédure, les tribunaux ont la responsabilité indépendante d'assurer que ceux qui ne connaissent pas bien la langue du prétoire comprennent et soient compris. Aussi, à moins que la question de l'interprétation ne soit soulevée pour la première fois en appel ou qu'il y ait un doute quant à savoir si le droit est invoqué de mauvaise foi, il ne sera pas difficile normalement d'établir l'existence d'un «besoin».

Deuxièmement, celui qui invoque le droit en question doit montrer, à supposer qu'il ne s'agit pas d'un cas où on lui a complètement refusé les services d'un interprète, mais d'un cas où il y aurait des lacunes dans l'interprétation fournie, qu'il y a eu dérogation à la norme d'interprétation fondamentale que garantit la constitution. Aux fins du présent pourvoi, je décris cette norme comme en étant une de continuité, de fidélité, d'impartialité, de compétence et de concomitance.

Troisièmement, celui qui invoque le droit doit établir que la présumée lacune dans l'interprétation est survenue au cours des procédures elles-mêmes, au moment où un intérêt vital de l'accusé était en

the case was being advanced — rather than at some point or stage which was extrinsic or collateral to the advancement of the case.

The onus with respect to these three steps for establishing a breach of s. 14 of the *Charter* falls on the party asserting the violation and the standard of proof is one of balance of probabilities. Once a court is satisfied that the first three requirements have been met, a violation of s. 14 will have been made out unless the Crown is able to prove, again on a balance of probabilities, that there was a valid and effective waiver of the right which accounts for the lapse in (or lack of) interpretation shown to have occurred.

It is to describing in greater detail the various components of this proposed framework of analysis for s. 14 of the *Charter* that I now turn.

(i) The Need for an Interpreter

The first step in the analysis as to whether a breach of s. 14 of the *Charter* has in fact occurred requires consideration of the need for interpreter assistance. That is, the claimant of the right must demonstrate that he or she satisfies (or satisfied) the conditions precedent to entitlement to the right. Section 14 of the *Charter* states clearly that, to benefit from the right, an accused must “not understand or speak the language in which the proceedings are conducted”.

While the right to interpreter assistance is not an automatic or absolute one, it stands to reason, particularly with the elevation of the right to the level of a constitutional norm, that courts should be generous and open-minded when assessing an accused's need for an interpreter. As a general rule, courts should appoint an interpreter when either of the following occurs:

- (1) it becomes apparent to the judge that an accused is, for language reasons, having difficulty expressing him- or herself or understanding the proceedings and that the assistance of an interpreter would be helpful; or

cause — c.-à-d. pendant le déroulement de l'affaire — et non pas à une phase ou étape extrinsèque ou accessoire au déroulement de l'affaire.

À ces trois étapes, le fardeau d'établir que l'art. 14 de la *Charte* a été violé incombe à la partie qui invoque la violation, et la norme de preuve est la prépondérance des probabilités. Une fois le tribunal convaincu que les trois premières conditions sont remplies, on aura établi la violation de l'art. 14 à moins que le ministère public ne puisse établir, encore une fois selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu renonciation valide et effective au droit, ce qui explique la lacune dans l'interprétation ou l'absence d'interprétation qui a été démontrée.

Je vais maintenant décrire de façon plus détaillée les divers éléments du cadre d'analyse de l'art. 14 de la *Charte* que je propose.

(i) Le besoin d'un interprète

Pour déterminer si l'art. 14 de la *Charte* a effectivement été violé, il faut d'abord évaluer le besoin de recourir à l'assistance d'un interprète. Autrement dit, celui qui invoque le droit en question doit démontrer qu'il satisfait (ou satisfaisait) aux conditions requises pour pouvoir l'invoquer. L'article 14 de la *Charte* prévoit clairement que, pour bénéficier de ce droit, il faut que l'accusé «ne comprenne[...] pas ou ne parle[...] pas la langue employée».

Bien que le droit à l'assistance d'un interprète ne soit ni automatique ni absolu, il va sans dire, compte tenu particulièrement du fait que ce droit est élevé au rang de norme constitutionnelle, que les tribunaux devraient être généreux et avoir l'esprit ouvert lorsqu'ils évaluent le besoin d'un accusé de recourir à l'assistance d'un interprète. En général, les tribunaux devraient désigner un interprète dans l'un ou l'autre des cas suivants:

- (1) il devient évident pour le juge que l'accusé a, pour des raisons linguistiques, de la difficulté à s'exprimer ou à comprendre les procédures et qu'un interprète serait utile; ou

(2) an accused (or counsel for the accused) requests the services of an interpreter and the judge is of the opinion that the request is justified.

(2) l'accusé (ou son avocat) requiert les services d'un interprète et le juge est d'avis que cette requête est justifiée.

Importantly, neither the language of s. 14 of the *Charter* nor the legal-historical underpinnings of the right require courts to inform all accused appearing before them of the existence of the right to interpreter assistance. Similarly, courts are not obliged to inquire, as a matter of course, into every accused's capacity to understand the language used in the proceedings. At the same time, however, there is no absolute requirement on an accused that the right be formally asserted or invoked as a precondition to enjoying it. This is because courts have an independent responsibility to ensure that their proceedings are fair and in accordance with the principles of natural justice and, therefore, to protect an accused's right to interpreter assistance, irrespective of whether the right has actually been formally asserted.

Just as a court should conduct a hearing into an accused's mental capacity if it appears that the accused may not be competent to participate fully in his or her own defence, or likewise should decline to accept a guilty plea if not satisfied that an accused understands the nature of the charge and appreciates what it is he or she is doing, so too should a court conduct, on its own motion, an inquiry into the need for an interpreter when it appears that an accused is having language difficulties. As I suggested above, the overriding consideration is that of understanding. Failure to conduct an inquiry where there is some positive indication that the accused may not understand or cannot be understood for reasons related to language, and to appoint an interpreter where one may prove helpful, could result in a miscarriage of justice and the ordering of a new trial.

However, it should be borne in mind by defence counsel that the safer course will always be to request an interpreter when one is required, rather than to rely on a court to appoint one entirely on its own motion. Indeed, as officers of the court, there is an obligation on both Crown and defence coun-

^a Il importe de signaler que ni le texte de l'art. 14 de la *Charte* ni le fondement historico-juridique du droit ne contraignent les tribunaux à informer tous les accusés qui comparaissent devant eux de l'existence du droit à l'assistance d'un interprète. De même, les tribunaux ne sont pas tenus d'examiner systématiquement la capacité de tout accusé de comprendre la langue des procédures. En même temps, rien n'oblige absolument l'accusé à faire valoir ou à invoquer formellement le droit en cause pour en jouir. Il en est ainsi du fait que les tribunaux ont la responsabilité indépendante d'assurer l'équité de leurs procédures et leur conformité avec les principes de justice naturelle et, par conséquent, de protéger le droit de l'accusé à l'assistance d'un interprète, peu importe qu'il ait vraiment été revendiqué formellement.

^e Tout comme il devrait tenir une audience sur la capacité mentale d'un accusé, s'il appert que celui-ci peut ne pas être en mesure de participer pleinement à sa propre défense, ou refuser d'accepter un plaidoyer de culpabilité s'il n'est pas convaincu que l'accusé comprend la nature de l'accusation et réalise ce qu'il fait, le tribunal devrait également vérifier de son propre chef le besoin de l'accusé de recourir aux services d'un interprète lorsqu'il paraît éprouver des difficultés linguistiques. Comme je l'ai déjà laissé entendre, l'élément dominant est la compréhension. L'omission de vérifier en présence d'une indication positive que l'accusé ne comprend peut-être pas ou peut ne pas être compris pour des raisons liées à la langue, et de désigner un interprète lorsque cela peut se révéler utile, pourrait constituer une erreur judiciaire et entraîner une ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès.

Toutefois, l'avocat de la défense doit garder à l'esprit qu'il sera toujours plus sûr de demander un interprète lorsque c'est nécessaire, plutôt que de s'en remettre au tribunal pour qu'il en désigne un de son propre chef. De fait, à titre d'officiers de justice, le substitut du procureur général et l'avocat

sel to draw a court's attention to the need for an interpreter where counsel become aware that such a need exists. While courts must be alert to signs which suggest that an accused may have language difficulties, they are not nor can they be expected to be mind readers. Where there are no outward indications which point to a lack of understanding on the accused's part and where the right has not been invoked by the accused or by counsel (in the case of represented accused), these may be factors which are weighed against the accused if, after sitting quietly throughout the trial, the issue of interpretation is suddenly raised for the first time on appeal. The cases of *R. v. Tsang* (1985), 27 C.C.C. (3d) 365 (B.C.C.A.), and *R. v. Tabrizi*, [1992] O.J. No. 1383 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) are illustrative of this point.

In *Tsang*, for example, the appellant was charged with possession of a dangerous weapon. Although he was represented by counsel, no request was made at any point for an interpreter. When asked how he pleaded after the charge was read to him in English, the accused replied "not guilty" in English. He sat quietly through his two-day trial without giving any indication that he did not understand the proceedings. His counsel elected not to call any evidence. The accused was convicted. He appealed his conviction on the ground that there had been a miscarriage of justice because he only understood a portion of what was said in court. In dismissing the appeal, MacFarlane J.A. for the British Columbia Court of Appeal explained at p. 372:

There is, in my opinion, no duty on the court to inform an accused of his right to an interpreter unless, of course, it is apparent that there is the need of such assistance. In such a case, the assistance ought to be provided, even though a request is not made.

... The accused did not assert the right to an interpreter. The court was not aware of any need for an interpreter. There was nothing in the record to reveal such need. The trial judge, in my opinion, was not bound to inquire whether there was a need when there was no apparent basis for doing so. In such circumstances, it cannot be

de la défense sont tous les deux tenus d'attirer l'attention du tribunal sur le besoin de recourir à un interprète lorsqu'ils s'aperçoivent qu'un tel besoin existe. Bien que les tribunaux doivent se montrer sensibles aux signes qui indiquent qu'un accusé peut peut-être éprouver des difficultés linguistiques, on n'attend pas et on ne saurait attendre d'eux qu'ils lisent dans les pensées. Lorsqu'aucun indice extérieur ne laisse entrevoir une incompréhension de la part de l'accusé et que celui-ci ou son avocat (dans le cas où il est représenté) n'a pas invoqué le droit en question, cela peut jouer contre l'accusé si ce dernier, après avoir gardé le silence pendant tout le procès, soulève la question de l'interprétation pour la première fois en appel. C'est ce qui ressort des affaires *R. c. Tsang* (1985), 27 C.C.C. (3d) 365 (C.A.C.-B.), et *R. c. Tabrizi*, [1992] O.J. No. 1383 (C. Ont. (Div. gén.)).

Dans *Tsang*, par exemple, l'appellant était accusé de possession d'une arme dangereuse. Même s'il était représenté par un avocat, aucune demande d'interprète n'a jamais été faite. Lorsqu'on lui a demandé son plaidoyer après que l'accusation lui eut été lue en anglais, il a répondu en anglais «not guilty». Il est demeuré silencieux pendant les deux jours de son procès, sans jamais laisser voir qu'il ne comprenait pas les procédures. Son avocat a choisi de ne présenter aucune preuve. L'accusé a été déclaré coupable. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour le motif qu'une erreur judiciaire avait été commise du fait qu'il n'avait compris qu'une partie de ce qui s'était dit en cour. Le juge MacFarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique explique ainsi son rejet de l'appel, à la p. 372:

[TRADUCTION] À mon avis, le tribunal n'est pas tenu d'informer l'accusé de son droit à un interprète à moins, évidemment, qu'il ne soit apparent que ce besoin existe. Dans un tel cas, l'assistance devrait être fournie, même si aucune demande n'est faite.

... L'accusé n'a pas invoqué le droit à un interprète. Le tribunal n'était conscient d'aucun besoin d'interprète. Rien dans le dossier ne révélait l'existence d'un tel besoin. J'estime que le juge du procès n'était pas tenu de vérifier si ce besoin existait puisqu'il n'y avait aucun motif apparent de le faire. Dans de telles circonstances,

said that the appellant was denied his right to an interpreter.

Importantly, MacFarlane J.A. distinguished the case before him of an accused failing to exercise his right to interpreter assistance and there being no indication of any lack of understanding, from the situation where either an accused asserts his right, but then is denied it, or where even though an accused does not assert the right, from the circumstances it appears that there may be a need for such assistance.

I would stress that courts must, as many have in the past, approach the question of the need for an interpreter with a spirit of sensitivity and understanding, particularly now that the right to interpreter assistance has been entrenched in our Constitution. As Steele makes clear in his article, "Court Interpreters in Canadian Criminal Law", *supra*, at pp. 226-27:

... linguistic competence takes colour from circumstances. For example, an allophone [i.e., a person not conversant in the language of the proceedings] might find it easy to understand her lawyer, particularly because she has had time outside the court-room to eliminate misunderstandings, but not opposing counsel, the judge or a witness. In the same way, she might be able to understand her lawyer in the relative calm of the lawyer's office, but not under stress in the court-room.

[In addition,] speaking, reading and oral comprehension are distinct skills. A party who is able to testify fluently may be unable to read documentary evidence. Similarly, a witness who is able to follow instructions or understand a question may be incapable of responding fully.

On these and other grounds, Steele argues for "a rather low standard in the assessment of need" (p. 227), whereby an interpreter would be allowed unless a court were convinced that the applicant was able to understand the proceedings to the same degree as if those proceedings were conducted in the language in which the applicant has the greatest facility.

on ne saurait dire que l'appelant a été privé de son droit à un interprète.

Il importe de faire remarquer que le juge MacFarlane a établi une distinction entre l'affaire dont il était saisi, où l'accusé n'a pas exercé son droit à l'assistance d'un interprète et où rien n'indiquait qu'il ne comprenait pas, et le cas où l'accusé fait valoir son droit, pour ensuite s'en voir refuser l'exercice, ou celui où, même si l'accusé ne fait pas valoir son droit, il ressort des circonstances qu'il se peut qu'il ait besoin de l'assistance d'un interprète.

Je soulignerais que les tribunaux doivent, comme de nombreux l'ont fait dans le passé, aborder la question du besoin d'un interprète avec sensibilité et compréhension, d'autant plus que le droit à l'assistance d'un interprète est maintenant consacré dans la Constitution. Comme Steele le précise dans son article intitulé «Court Interpreters in Canadian Criminal Law», *loc. cit.*, aux pp. 226 et 227:

[TRADUCTION] ... la capacité linguistique procède des circonstances. Par exemple, un allophone [une personne qui ne connaît pas la langue des procédures] pourrait trouver facile de comprendre son avocat, du fait particulièrement qu'il a pu, à l'extérieur de la salle d'audience, chasser tout malentendu, mais non de s'opposer aux avocats, au juge ou à un témoin. De la même façon, il pourrait être en mesure de comprendre son avocat dans le calme relatif du cabinet de ce dernier, mais pas dans l'atmosphère stressante de la salle d'audience.

[En outre,] parler, lire et comprendre oralement sont des compétences différentes. La partie qui est en mesure de témoigner couramment peut être incapable de lire une preuve documentaire. De même, le témoin qui est capable de suivre les instructions ou de comprendre une question peut être incapable d'y répondre parfaitement.

Voilà pourquoi notamment, Steele préconise l'application d' [TRADUCTION] «une norme peu élevée d'évaluation du besoin» (p. 227), en vertu de laquelle les services d'un interprète seraient accordés à moins que le tribunal ne soit convaincu que le requérant est capable de comprendre les procédures autant que si celles-ci se déroulaient dans la langue dans laquelle il a la plus grande facilité.

Along the same lines, Lacourcière J.A. of the Ontario Court of Appeal has provided some sound advice with respect to assessing the need for an interpreter. In *R. v. Petrovic* (1984), 13 C.C.C. (3d) 416 (Ont. C.A.), he stated, at p. 423:

It was common ground at the trial that a Serbo-Croatian interpreter was required, and the appellant entered his plea through an interpreter. While both the *Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* refer to the right to the assistance of an interpreter in any proceedings where the witness does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted, it is not for the trial court and much less for an appellate court to conduct a detailed inquiry into the party's or witness' ability to understand or speak the language of the court proceedings. A person may be able to communicate in a language for general purposes while not possessing sufficient comprehension or fluency to face a trial with its ominous consequences without the assistance of a qualified interpreter. Even if that person speaks broken English or French and understands simple communications, the right constitutionally protected by s. 14 of the Charter is not removed. [Emphasis added.]

I would also agree with the position taken by Lacourcière J.A. in *Petrovic*, at p. 423, and reiterated by the B.C. Court of Appeal in *Tsang, supra*, at p. 371, that, once claimed, the s. 14 Charter right to interpreter assistance should not be denied unless there is "cogent and compelling evidence" that an accused's request for an interpreter is not made in good faith, but rather for an oblique motive. In *Roy v. Hackett, supra*, a case involving interpretation at an arbitration hearing, Lacourcière J.A. pointed out, at p. 427, that in coming to a decision regarding the good faith of a witness or party who requests an interpreter, a judge or chairman of a tribunal

... must take into account the legitimate desire of any witness to express himself in the language he knows best, usually his mother tongue ... [and] avoid imputing an ulterior motive to a witness who asks for an interpreter, even if the witness has some familiarity with the

Dans la même veine, le juge Lacourcière de la Cour d'appel de l'Ontario a fourni certains conseils judiciaires relativement à l'évaluation du besoin d'un interprète. Dans *R. c. Petrovic* (1984), 13 C.C.C. (3d) 416 (C.A. Ont.), il écrit, à la p. 423:

[TRADUCTION] Tous étaient d'accord au procès pour dire que les services d'un interprète serbo-croate étaient requis, et l'appelant a inscrit son plaidoyer par l'entremise d'un interprète. Bien que la *Déclaration des droits* et la *Charte canadienne des droits et libertés* mentionnent toutes deux le droit à l'assistance d'un interprète dans toutes les procédures où le témoin ne comprend pas ou ne parle pas la langue dans laquelle l'instance se déroule, il n'incombe pas au tribunal de première instance et encore moins au tribunal d'appel de vérifier en profondeur la capacité de la partie ou du témoin de comprendre ou de parler la langue des procédures judiciaires. Une personne peut être en mesure de communiquer dans une langue pour des fins générales tout en ne possédant pas une compréhension ou une facilité de s'exprimer suffisante pour faire face à un procès et à ses conséquences inquiétantes sans l'assistance d'un interprète compétent. Même si cette personne baragouine le français ou l'anglais et comprend des communications simples, le droit garanti constitutionnellement par l'art. 14 de la Charte ne disparaît pas. [Je souligne.]

Je souscrirais également au point de vue adopté par le juge Lacourcière, à la p. 423 de l'arrêt *Petrovic*, et réitéré par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la p. 371 de l'arrêt *Tsang*, précité, voulant qu'une fois invoqué le droit à l'assistance d'un interprète, garanti par l'art. 14 de la Charte, ne devrait être refusé que si une [TRADUCTION] «preuve solide et convaincante» établit que la demande de l'accusé visant à obtenir les services d'un interprète est faite non pas de bonne foi mais plutôt pour un motif détourné. Dans l'arrêt *Roy c. Hackett*, précité, où il était question d'interprétation lors d'une audience d'arbitrage, le juge Lacourcière souligne, à la p. 427, que, pour en arriver à une décision relativement à la bonne foi d'un témoin ou d'une partie qui demande les services d'un interprète, le juge ou le président d'un tribunal

[TRADUCTION] ... doit tenir compte du désir légitime de tout témoin de s'exprimer dans la langue qu'il connaît le mieux, normalement sa langue maternelle ... [et] éviter d'imputer un motif caché au témoin qui demande un interprète, même si ce témoin connaît jusqu'à un certain

language used and could, in a general way, understand the proceedings.

This comment attests to the sensitivity required when assessing an accused's need for an interpreter, and to the fact that courts must not be too quick to draw adverse inferences where the claimant of the right has some facility with the language being used in the court.

(ii) Guaranteed Standard of Interpretation

The second step in determining whether an accused has been deprived of his or her constitutionally guaranteed right to interpreter assistance involves a consideration of whether there has been a departure or deviation from what is considered "proper" interpretation. Where the accused shows that he or she was in need of an interpreter, but was refused such assistance, the limitation on the right will be self-evident (subject, of course, to the accused establishing that the denial occurred at a point when the case was being advanced). However, where, as here, an interpreter was appointed and it is the quality of the interpretation provided that is being challenged, assessing whether there has been an infringement of the right becomes more complicated. To do so, it is necessary to consider the scope of the right guaranteed by s. 14 of the *Charter* and to begin to define what constitutes an appropriate standard of interpretation in criminal proceedings.

While the standard of interpretation under s. 14 will be high, it should not be one of perfection. In my view, it can be defined by reference to a number of criteria aimed at helping to ensure that persons with language difficulties have the same opportunity to understand and be understood as if they were conversant in the language being employed in the proceedings. These criteria include, and are not necessarily limited to, continuity, precision, impartiality, competency and contemporaneity. I shall consider each one in turn.

point la langue utilisée et pourrait, d'une façon générale, comprendre les procédures.

a Ce commentaire témoigne de la sensibilité dont il faut faire preuve en évaluant le besoin d'un accusé de recourir aux services d'un interprète, et du fait que les tribunaux ne doivent pas trop s'empressement de tirer des conclusions défavorables lorsque celui b qui invoque le droit a une certaine facilité dans la langue du prétoire.

(ii) Norme d'interprétation garantie

c

Pour déterminer si l'accusé a été privé de son droit constitutionnel à l'assistance d'un interprète, il faut, en deuxième lieu, examiner s'il y a eu manquement ou dérogation à ce qui est considéré comme une «bonne» interprétation. Si l'accusé établit qu'il avait besoin de l'assistance d'un interprète, mais qu'on la lui a refusé, l'atteinte au droit sera évidente en soi (à condition, évidemment, que l'accusé établisse que le refus a été signifié à un moment où l'affaire progressait). Si toutefois, comme en l'espèce, un interprète a été désigné et que c'est la qualité de son interprétation qui est mise en cause, il devient plus difficile de déterminer si le droit en question a été violé. Il est alors nécessaire d'examiner la portée du droit garanti par l'art. 14 de la *Charte* et de commencer à définir ce qui constitue, dans les procédures criminelles, une norme d'interprétation appropriée.

g

h Bien que la norme d'interprétation soit élevée dans le contexte de l'art. 14, il ne devrait pas s'agir d'une norme de perfection. À mon avis, il est possible de la formuler à l'aide d'un certain nombre de critères destinés à assurer que les personnes aux prises avec des problèmes linguistiques comprennent et soient comprises tout autant que si elles connaissaient la langue employée dans les procédures. Ces critères sont notamment la continuité, la fidélité, l'impartialité, la compétence et la concomitance. J'examinerai chacun de ces éléments à tour de rôle.

j

I. Continuous

In considering what constitutes adequate interpretation, courts and commentators have generally treated continuity as a necessary requirement. As a result, breaks in interpretation and/or summaries of the proceedings have usually not been viewed in a favourable light.

The American case of *People v. Aguilar*, 677 P.2d 1198 (Cal. 1984), is noteworthy in this regard. In that case, the defendant was provided with a court-appointed interpreter; however, this interpreter became unavailable to him during the testimony of two Spanish-speaking prosecution witnesses whose testimony needed to be translated into English for the court's benefit. The Supreme Court of California considered the scope of the right to interpreter assistance under the California Constitution, which expressly provides that a "person unable to understand English who is charged with a crime has a right to an interpreter throughout the proceedings" (p. 1201). It held that, because "[t]he defendant's right to understand the instructions and rulings of the judge, the questions and objections of defense counsel and the prosecution, as well as the testimony of the witnesses is a continuous one" (p. 1201) (emphasis added), the court's "borrowing" of his interpreter constituted a denial of his constitutional right to an interpreter.

I find, therefore, that s. 14 of the *Charter* requires that interpretation of proceedings be continuous. Breaks and interruptions in interpretation are not to be encouraged or allowed.

II. Precise

The need for precision in interpretation is self-evident. As Steele suggests at pp. 240-41 of his article, *supra*:

... the interpretation must be, as close as can be, word-for-word and idea-for-idea; the interpreter must not "clean up" the evidence by giving it a form, a grammar or syntax that it does not have; the interpreter should make no commentary on the evidence; and the interpreter

I. Continuité

Dans l'analyse de ce qui constitue une interprétation convenable, les tribunaux et les commentateurs ont généralement considéré la continuité comme un élément nécessaire. Aussi, les interruptions dans l'interprétation et les résumés des procédures ne sont généralement pas vus d'un bon œil.

Aux États-Unis, l'affaire *People c. Aguilar*, 677 P.2d 1198 (Cal. 1984), est digne de mention à cet égard. Dans cette affaire, le défendeur a obtenu l'aide d'un interprète désigné par la cour. Il n'a toutefois pu bénéficier de ses services pendant la déposition de deux témoins à charge qui s'exprimaient en espagnol et dont le témoignage devait être traduit en anglais pour le bénéfice de la cour. La Cour suprême de la Californie s'est penchée sur la portée du droit à l'assistance d'un interprète garanti par la Constitution californienne qui prévoit expressément que la [TRADUCTION] «personne accusée d'un crime, qui est incapable de comprendre l'anglais, a droit à l'assistance d'un interprète pendant toutes les procédures» (p. 1201). Elle a conclu que, parce que [TRADUCTION] «[l]e droit du défendeur de comprendre les directives et les décisions du juge, les questions et les objections des avocats de la défense et de la poursuite, de même que la déposition des témoins, est continu» (p. 1201) (je souligne), l'«emprunt» par la cour de son interprète a constitué une violation de son droit constitutionnel à un interprète.

Je conclus donc que l'art. 14 de la *Charte* exige que l'interprétation des procédures soit continue. Les pauses et les interruptions ne doivent être ni encouragées ni permises.

II. Fidélité

Il est évident en soi que l'interprétation doit être fidèle. Comme Steele le laisse entendre, aux pp. 240 et 241 de son article, *loc. cit.*:

[TRADUCTION] ... l'interprétation doit, autant que possible, reprendre chaque mot et chaque idée; l'interprète ne doit pas «nettoyer» le témoignage pour lui donner une forme, une grammaire ou une syntaxe qu'il ne possède pas; l'interprète ne devrait faire aucun commentaire sur

tation should be given only in the first person, e.g., "I went to school" instead of "he says he went to school".

This necessity for precision is an additional reason why summaries are most unlikely to meet the general standard of interpretation required under s. 14 of the *Charter*. Indeed, in the American case *Negron*, *supra*, Kaufman J. held, at pp. 389-90, that the summaries provided to the defendant by the prosecutor's interpreter were inadequate because:

However astute [the interpreter's] summaries may have been, they could not do service as a means by which Negron could understand the precise nature of the testimony against him during that period of the trial's progress when the state chose to bring it forth.

However, it is important to keep in mind that interpretation is an inherently human endeavour which often takes place in less than ideal circumstances. Therefore, it would not be realistic or sensible to require even a constitutionally guaranteed standard of interpretation to be one of perfection. As Steele explains, at p. 242:

Even the best interpretation is not "perfect", in that the interpreter can never convey the evidence with a sense and nuance identical to the original speech. For that reason, the courts have cautioned that interpreted evidence should not be examined microscopically for inconsistencies. The benefit of a doubt should be given to the witness.

In this respect, it may be helpful to note the conceptual distinction that exists between "interpretation", which is primarily concerned with the spoken word, and "translation", which is primarily concerned with the written word. In light of the fact that interpretation involves a process of mediation between two people which must occur on the spot with little opportunity for reflection, it follows that the standard for interpretation will tend to be lower than it might be for translation, where the source is a written text, where reaction time is usually greater and where conceptual differences

le témoignage et il ne devrait s'exprimer qu'à la première personne, en disant, par exemple, «je suis allé à l'école» plutôt que «il dit qu'il est allé à l'école».

C'est également en raison de ce besoin de fidélité qu'il est très peu probable que les résumés satisfassent à la norme générale d'interprétation requise dans le contexte de l'art. 14 de la *Charte*. En fait, dans l'affaire américaine *Negron*, précitée, le juge Kaufman conclut, aux pp. 389 et 390, que les résumés fournis au défendeur par l'interprète de la poursuite étaient insuffisants pour la raison suivante:

[TRADUCTION] Quelque astucieux qu'aient pu être les résumés de [l'interprète], ils ne pouvaient permettre à Negron de comprendre la nature exacte du témoignage contre lui au moment, dans le procès, où l'État a choisi de le présenter.

Il est cependant important de garder à l'esprit que l'interprétation est fondamentalement une activité humaine qui s'exerce rarement dans des circonstances idéales. Par conséquent, il ne serait ni réaliste ni raisonnable d'exiger que même une norme d'interprétation garantie par la Constitution en soit une de perfection. Comme Steele l'explique, à la p. 242:

[TRADUCTION] Même la meilleure interprétation n'est pas «parfaite», car l'interprète ne peut jamais donner au témoignage la même nuance ou le même sens que les propos originaux. Pour cette raison, les tribunaux ont prévenu qu'il ne convient pas d'examiner au microscope le témoignage interprété pour voir s'il comporte des incohérences. Il faut accorder le bénéfice du doute au témoin.

À cet égard, il peut être utile de signaler la distinction conceptuelle entre l'«interprétation», qui vise principalement la langue parlée, et la «traduction», qui vise principalement la langue écrite. Compte tenu du fait que l'interprétation comporte un processus de médiation entre deux personnes qui doit se produire sur-le-champ, avec peu de possibilité de réfléchir, il s'ensuit que la norme d'interprétation tendra à être inférieure à ce qu'elle pourrait être dans le cas de la traduction qui a pour départ un texte écrit, où le temps de réaction est en général plus long et où il est possible de mieux conci-

which sometimes exist between languages can be more fully accommodated and accounted for.

III. *Impartial*

It also stands to reason that interpretation, particularly in a criminal context, should be objective and unbiased: see, e.g., *Unterreiner, infra, Tabrizi, supra*, and Morel, *supra*, at pp. 535-36. As Steele suggests, at pp. 238-39:

Certain persons are disqualified, by reason of apprehension of bias, from acting as interpreter. Obviously a party litigant will not be permitted to interpret, but neither will a relative or friend of a party, the judge, nor a person closely connected to the events giving rise to a criminal charge. These rules may be relaxed if the proceedings are non-adversarial.

While I agree with Steele that an interpreter should be impartial, I would further relax these rules, particularly on preliminary issues such as bail release or adjournment in remote areas of our country, where the practical reality of Canadian geography coupled with the urgency presented by some cases would result in the interests of justice being better served.

IV. *Competent*

To meet the standard of protection guaranteed by s. 14 of the *Charter*, interpretation must be of a high enough quality to ensure that justice is done and seen to be done. This means, at a minimum, that an accused has a right to competent interpretation. While there are, as of yet, no universally acceptable standards for assessing competency, a point stressed by Steele at p. 238, an interpreter must at least be sworn by taking the interpreter's oath before beginning to interpret the proceedings: see, e.g., *R. v. L.L.*, [1986] O.J. No. 1954 (Ont. Dist. Ct.), and *Petrovic, supra*, at p. 423. Where there is a legitimate reason to doubt the competency of a particular interpreter, a court will be well advised to conduct an inquiry into the interpreter's qualifications.

lier les différences conceptuelles qui existent parfois entre deux langues et de mieux en tenir compte.

a III. *Impartialité*

Il va sans dire également que l'interprétation, en particulier dans un contexte criminel, devrait être objective et impartiale: voir, par ex., *Unterreiner, infra, Tabrizi*, précité, et Morel, *loc. cit.*, aux pp. 594 à 596. Comme le laisse entendre Steele, aux pp. 238 et 239:

[TRANSLATION] Certaines personnes ne peuvent servir d'interprète parce qu'on craint qu'elles ne soient partiales. De toute évidence, une partie au litige ne pourra servir d'interprète, ni d'ailleurs un parent ou un ami d'une partie, le juge ou une personne étroitement liée aux événements à l'origine de l'accusation criminelle. Ces règles peuvent être assouplies dans le cas de procédures non accusatoires.

Bien que je sois d'accord avec Steele pour dire qu'un interprète devrait être impartial, j'assouplirais davantage ces règles, particulièrement en ce qui concerne des questions préliminaires comme la mise en liberté sous caution ou l'ajournement dans des régions éloignées de notre pays, où la réalité pratique de la géographie canadienne, conjuguée à l'urgence de certains cas, ferait de sorte que les intérêts de la justice seraient mieux servis.

IV. *Compétence*

Pour satisfaire à la norme de protection garantie par l'art. 14 de la *Charte*, l'interprétation doit être d'assez bonne qualité pour assurer que justice soit rendue et paraisse avoir été rendue. Cela signifie à tout le moins que l'accusé a droit à un interprète compétent. Bien que, comme le souligne Steele à la p. 238, il n'y ait eu jusqu'ici aucune norme généralement acceptée d'évaluation de la compétence, l'interprète doit au moins prêter le serment de l'interprète avant d'interpréter les procédures: voir, par ex., *R. c. L.L.*, [1986] O.J. No. 1954 (C. dist. Ont.), et *Petrovic*, précité, à la p. 423. S'il y a une bonne raison de douter de la compétence d'un interprète, le tribunal sera bien avisé d'examiner ses titres de compétence.

In *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373 (Ont. Co. Ct.), for example, the appeal court found that there had been a denial of natural justice and ordered a new reference on the basis that the judge below had failed to conduct an inquiry to determine the competence and impartiality of the interpreter before he was sworn. The case involved a reference to a Provincial Court Judge in which denial of a firearms certificate was being appealed. When no court interpreter proved to be available to interpret the testimony of a Crown witness, a friend of this witness was used. On several occasions during the cross-examination of the witness, the applicant (who was unrepresented) complained that the interpreter was not accurately translating the proceedings. Nevertheless, the Provincial Court Judge dismissed the reference. By ordering a new trial, the appeal court made it clear that it was the responsibility of the Provincial Court Judge to ensure that the interpreter chosen possessed the necessary qualities of competence and impartiality.

V. Contemporaneous

A further factor which needs to be taken into account when defining the proper standard for interpretation is that of timing. To meet the constitutionally guaranteed standard of protection under s. 14 of the *Charter*, interpretation must take place contemporaneously with the proceeding in question. Here, it may be useful to keep in mind the distinction between "consecutive" (after the words are spoken) and "simultaneous" (at the same time as words are spoken). While it is generally preferable that interpretation be consecutive rather than simultaneous, the overriding consideration is that the interpretation be contemporaneous. Although I need not decide the matter, I would tend to agree with Steele, at pp. 248-49 of his article, that, although consecutive interpretation effectively doubles the time necessary to complete the proceedings, it offers a number of advantages over simultaneous interpretation. Simultaneous interpretation is a complex and demanding task for which court interpreters, unlike conference interpreters, are seldom trained. Moreover, it requires expensive sound equipment with which our trial courtrooms are rarely equipped. In addition, simul-

Par exemple, dans l'affaire *Unterreiner c. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373 (C. cté Ont.), la cour d'appel a conclu qu'il y avait eu déni de justice naturelle et a ordonné un nouveau renvoi pour le motif que le juge de première instance ne s'était pas enquis de la compétence et de l'impartialité de l'interprète avant qu'il soit assermenté. Il s'agissait d'un renvoi à un juge de la Cour provinciale, où le refus d'accorder un certificat de port d'armes faisait l'objet d'un appel. Comme il s'est avéré qu'aucun interprète judiciaire n'était disponible pour interpréter la déposition d'un témoin à charge, on a eu recours à un ami de ce témoin. À maintes reprises au cours du contre-interrogatoire du témoin, le requérant (qui n'était pas représenté) s'est plaint que l'interprète ne traduisait pas fidèlement les procédures. Le juge de la Cour provinciale a néanmoins rejeté le renvoi. En ordonnant un nouveau procès, la cour d'appel a précisé qu'il incombait au juge de la Cour provinciale d'assurer que l'interprète choisi possédait les qualités nécessaires de compétence et d'impartialité.

V. Concomitance

Pour déterminer la norme appropriée en la matière, il faut également considérer le moment où l'interprétation a eu lieu. Pour satisfaire à la norme de protection garantie par l'art. 14 de la *Charte*, l'interprétation et la procédure en question doivent être concomitantes. Ici, il peut être utile de garder à l'esprit la distinction entre «consécutive» (après que les mots ont été prononcés) et «simultanée» (au moment même où les mots sont prononcés). S'il est généralement préférable que l'interprétation soit consécutive plutôt que simultanée, il importe d'abord et avant tout qu'elle soit concomitante. Bien que je n'aie pas à trancher la question, je tendrais à souscrire à l'avis que Steele exprime aux pp. 248 et 249 de son article, voulant que même si l'interprétation consécutive double en fait le temps nécessaire au déroulement des procédures, elle comporte de nombreux avantages par rapport à l'interprétation simultanée. Cette dernière est une tâche complexe et exigeante pour laquelle les interprètes judiciaires, contrairement aux interprètes de conférence, sont rarement formés. En outre, elle requiert du matériel sonore coûteux dont nos salles d'audience sont rarement

taneous interpretation works best when there is a minimum of distraction both for the interpreter and the listener(s), a feature which will not always be present in our busy courtrooms. Consecutive interpretation, on the other hand, has the advantage of allowing the accused to react at the appropriate time, such as when making objections. It also makes it easier to assess on the spot the accuracy of the interpretation, something rendered more difficult when one has to listen to the original language and its translation at the same time, as would be the case with simultaneous interpretation.

All of these factors suggest that consecutive interpretation is the better practice as compared to simultaneous interpretation. However, I recognize that the different needs of persons targeted by s. 14 of the *Charter*, such as those with a hearing disability, as well as the possibility of technological advances in interpretation methods may change this. What is important above all is that interpretation be contemporaneous with that which is being interpreted.

VI. Summary

In sum, the purpose of furthering understanding of the proceedings which underpins the right to interpreter assistance is most likely to be fulfilled if the standard for interpretation under s. 14 of the *Charter* is defined as one of continuity, precision, impartiality, competency and contemporaneity. Given the underlying importance of the interests being protected by the right to interpreter assistance, the constitutionally guaranteed standard of interpretation must be high and allowable departures from that standard limited. In assessing whether there has been a sufficient departure from the standard to satisfy the second stage of inquiry under s. 14, the principle which informs the right — namely, that of linguistic understanding — should be kept in mind. In other words, the question should always be whether there is a possibility that the accused may not have understood a part of

munies. De plus, pour atteindre son efficacité maximale, l'interprétation simultanée doit s'effectuer dans un environnement où les facteurs de distraction pour l'interprète et son auditoire sont réduits au minimum, ce qui n'est pas toujours le cas dans nos salles d'audience animées. L'interprétation consécutive a, par ailleurs, l'avantage de permettre à l'accusé de réagir au moment opportun, comme au moment de soulever des objections. Elle permet également d'évaluer plus facilement sur-le-champ la fidélité de l'interprétation, ce qui est plus difficile lorsqu'une personne doit écouter la langue de départ et sa traduction en même temps, comme c'est le cas lorsque l'interprétation est simultanée.

Tous ces facteurs portent à croire que l'interprétation consécutive représente une meilleure solution que l'interprétation simultanée. Je reconnais cependant qu'il peut en être autrement en raison des différents besoins des personnes visées par l'art. 14 de la *Charte*, comme celles qui ont un problème auditif, et de la possibilité que des progrès technologiques soient réalisés dans les méthodes d'interprétation. Il importe par-dessus tout que l'interprétation et les propos interprétés soient concomitants.

VI. Résumé

Somme toute, l'objectif de favoriser la compréhension des procédures, qui sous-tend le droit à l'assistance d'un interprète, est plus susceptible d'être atteint si la norme d'interprétation, dans le contexte de l'art. 14 de la *Charte*, est définie comme en étant une de continuité, de fidélité, d'impartialité, de compétence et de concomitance. Compte tenu de l'importance fondamentale des intérêts protégés par le droit à l'assistance d'un interprète, la norme d'interprétation garantie par la Constitution doit être élevée, et les dérogations admissibles à cette norme limitées. Pour déterminer s'il y a eu dérogation suffisante à la norme pour satisfaire au second volet de l'examen fondé sur l'art. 14, il faut garder à l'esprit le principe qui sous-tend le droit en question, celui de la compréhension linguistique. En d'autres termes, il faudrait toujours se demander s'il se peut que l'accusé n'ait

the proceedings by virtue of his or her difficulty with the language being used in court.

(iii) Whether Departure Occurred While Case was Being Advanced *a*

Importantly, it will not be every deviation from the protected standard of interpretation which will constitute a violation of s. 14 of the *Charter*. The claimant of the right must establish something more — namely, that the lapse in interpretation which occurred was in respect of the proceedings themselves, thereby involving the vital interests of the accused, and was not merely in respect of some collateral or extrinsic matter, such as an administrative issue relating to scheduling. To distinguish between a limitation of the right which is of such a *de minimis* nature as not to constitute a violation of s. 14 and one which is more material and which does infringe s. 14, I find it helpful to borrow the language and accompanying rationale developed in the context of the right to be present under s. 650 of the *Criminal Code*, where absences which occur while the case is actually “proceeding” or being “advanced” or where the “vital interests” of the accused are involved are deemed to take place during the “trial” and to be in violation of s. 650. Of course, unlike s. 650 of the *Code* which mandates an accused’s presence during the whole of a “trial”, s. 14 of the *Charter* uses the more all-encompassing term “proceedings”. Nonetheless, I believe that the case law under the *Code* provision is helpful in delineating the kinds of circumstances in which interpretation must comply with constitutional standards, particularly in light of the purposive and expansive definitions which courts have, on the whole, given to the term “trial” under s. 650 of the *Code*. *b* *c* *d* *e* *f* *g* *h*

One of the more comprehensive overviews of the kinds of occurrences which form part of a “trial” within the meaning of s. 650 of the *Code* is found in M. Proulx, “The Presence of the Accused at Trial” (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 179. Proulx considers three types of actions which courts have found form part of the trial: (1) hearing motions on the admissibility of evidence, (2) communications

pas compris une partie des procédures en raison des difficultés qu’il éprouve avec la langue du prétoire.

(iii) La dérogation est-elle survenue pendant que l’affaire progressait?

Il importe de souligner que ce ne sont pas toutes les dérogations à la norme d’interprétation garantie qui violeront l’art. 14 de la *Charte*. Celui qui revendique le droit en cause doit établir quelque chose de plus, à savoir, d’une part, que la lacune dans l’interprétation avait trait aux procédures elles-mêmes et qu’elle a de ce fait touché aux intérêts vitaux de l’accusé, et, d’autre part, qu’elle ne concernait pas simplement quelque question accessoire ou extrinsèque comme une question administrative relative au calendrier. Pour distinguer entre la restriction du droit qui est si minime qu’elle ne viole pas l’art. 14, et une restriction plus importante qui viole effectivement l’art. 14, j’estime utile d’emprunter les propos et le raisonnement sous-jacent qui ont été formulés dans le contexte du droit d’être présent au sens de l’art. 650 du *Code criminel*, selon lesquels les distractions qui se produisent pendant que l’affaire «se déroule» ou «progresses», ou lorsque les «intérêts vitaux» de l’accusé sont en cause, sont réputées survenir pendant le «procès» et violer l’art. 650. Il va sans dire que, contrairement à l’art. 650 du *Code* qui requiert la présence de l’accusé pendant tout son «procès», l’art. 14 de la *Charte* utilise le terme général «procédures». Néanmoins, j’estime que la jurisprudence relative à la disposition du *Code* aide à déterminer le genre de circonstances dans lesquelles l’interprétation doit respecter les normes constitutionnelles, compte tenu particulièrement des définitions générales fondées sur l’objet visé que les tribunaux ont, dans l’ensemble, données au terme «procès» utilisé à l’art. 650 du *Code*. *i* *j*

L’un des survols les plus exhaustifs du genre d’événements qui font partie du «procès» au sens de l’art. 650 du *Code* est celui que fait M. Proulx, dans «The Presence of the Accused at Trial» (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 179. Proulx considère trois types d’activités que les tribunaux ont jugé faire partie du procès: (1) l’audition des requêtes sur l’admissibilité de la preuve, (2) les échanges

between the presiding judge, or the Crown, and the jury, and (3) taking the court to view a person, place or thing. Proulx notes at p. 189 that the jurisprudence under s. 650 of the *Code* has evolved so as to draw a distinction between acts which are considered to be an integral part of the trial itself versus purely administrative acts which, if undertaken in the absence of an accused, would have no prejudicial effect on the proceedings. Indeed, a distinction of this nature was expressly put forward in *Hertrich, supra*. Martin J.A. recognized at p. 539 of his reasons that a communication between the trial judge and the jury on an administrative matter, such as the judge telling the jury that if they could not reach a verdict they would stay at a hotel and resume deliberations the next day, would not concern the vital interests of the accused and, therefore, would not be recognized as part of the "trial" for the purposes of s. 650 of the *Code*.

The need to distinguish between material and immaterial parts of proceedings when protecting an accused's right to be present and to have the assistance of an interpreter is a constant refrain in the case law. For example, in *Reale, supra*, where s. 650 (then s. 577) of the *Code* and s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* were in issue, the Ontario Court of Appeal found, at p. 349, that the right to interpreter assistance extended to "every essential part of the proceedings" (emphasis added), including, in that case, the judge's charge to the jury. In *Hertrich, supra*, the Ontario Court of Appeal interpreted the s. 650 *Code* requirement of presence at a trial in terms of an accused having first-hand knowledge of everything that could involve his or her vital interests, including interviews with individual jurors conducted by the judge to determine bias. The case I find most useful in helping to distinguish between those parts of the proceedings which must be fully interpreted pursuant to s. 14 of the *Charter* and those which need not be is *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (Que. C.A.), aff'd [1966] S.C.R. 399, one of the leading authorities on the operation of s. 650 of the *Code*. In *Meunier*, the accused was charged with perjury. While he was testifying, the trial judge asked him

entre le juge qui préside, ou le substitut du procureur général, et le jury, et (3) le déplacement du tribunal pour voir une personne, un endroit ou un objet. Proulx souligne, à la p. 189, que la jurisprudence relative à l'art. 650 du *Code* en est venue à établir une distinction entre les actes qui sont considérés comme faisant partie intégrante du procès lui-même et les actes purement administratifs qui, s'ils étaient accomplis en l'absence de l'accusé, n'auraient aucun effet préjudiciable sur les procédures. En fait, une distinction de cette nature a été expressément proposée dans l'arrêt *Hertrich*, précité. Le juge Martin a reconnu, à la p. 539 de ses motifs, qu'un échange entre le juge du procès et le jury sur une question administrative, comme le fait pour le juge d'aviser le jury qu'à défaut de prononcer un verdict, ils demeureront à l'hôtel et reprendront les délibérations le jour suivant, ne toucherait pas aux intérêts vitaux de l'accusé et ne serait donc pas considéré comme faisant partie du «procès», aux fins de l'art. 650 du *Code*.

La nécessité de distinguer les parties importantes des procédures de celles qui ne le sont pas lorsqu'il s'agit de protéger le droit de l'accusé d'être présent et d'obtenir l'assistance d'un interprète est constamment réitérée dans la jurisprudence. Par exemple, dans l'arrêt *Reale*, précité, où l'art. 650 (alors l'art. 577) du *Code* et l'al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits* étaient en cause, la Cour d'appel de l'Ontario conclut, à la p. 349, que le droit à l'assistance d'un interprète s'étend à [TRADUCTION] «toute partie essentielle des procédures» (je souligne) dont, dans cette affaire, l'exposé du juge au jury. Dans l'arrêt *Hertrich*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la présence au procès, requise par l'art. 650 du *Code*, signifie que l'accusé doit avoir une connaissance directe de tout ce qui pourrait toucher à ses intérêts vitaux, y compris les interrogatoires de jurés par le juge afin de vérifier s'ils sont partiaux. L'un des arrêts de principe sur l'application de l'art. 650 du *Code*, qui me paraît le plus utile pour distinguer les parties des procédures qui doivent être interprétées intégralement conformément à l'art. 14 de la *Charte*, de celles qui n'ont pas à l'être, est l'arrêt *Meunier c. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (C.A. Qué.), conf. par [1966] R.C.S. 399.

to leave the courtroom so that a question pertaining to the admissibility of evidence he was about to give could be argued in the presence of counsel. With respect to the scope to be given to the term "trial", Casey J.A., for the majority of the Quebec Court of Appeal, suggested at p. 17 that the relevant question should be: "whether the Court proceeded, whether it did anything of a nature to advance the case, in the absence of the [accused]" (emphasis added). In the result, Casey J.A. ruled that the judge's action was a violation of the accused's right to be present at his trial, and in an order upheld by this Court, quashed the conviction and directed that a new trial be held.

By embracing for the purposes of s. 14 of the *Charter* the language of "advancing the case" and its underlying rationale found in *Meunier* and subsequently developed in the case law under s. 650 of the *Code*, I am not suggesting that there is any magical or fixed meaning to this phrase. Indeed, I would agree with the Ontario Court of Appeal's observations in *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570 (Ont. C.A.), a case where s. 650 (then s. 577) of the *Code* was held to have been contravened when the accused was twice excluded from the courtroom during his re-examination while arguments took place and rulings were made regarding admissibility of evidence. With respect to the phrase "advancing the case", Zuber J.A., writing for the Court of Appeal, stated at p. 574:

I cannot think that this phrase was intended to be definitive. It is one way of putting the essential question of whether or not the trial continued and it is of little consequence whether the continuance embraced the adduction of evidence, the presentation of argument, rulings on evidentiary points, the address to the jury, etc. [Emphasis added.]

My intention is simply to make it clear that where a lack of or lapse in interpretation occurs in respect of some purely administrative or logistical matter which does not involve the vital interests of the accused, such as scheduling or agreeing to a

Dans *Meunier*, l'accusé était inculpé de parjure. Au cours de son témoignage, il a dû, à la demande du juge du procès, quitter la salle d'audience pour qu'une question relative à l'admissibilité du témoignage qu'il s'appropriait à faire soit débattue en la présence des avocats. Au sujet de la portée du terme «procès», le juge Casey, s'exprimant au nom de la Cour d'appel du Québec à la majorité, indique, à la p. 17, qu'il y a lieu de se poser la question suivante: [TRADUCTION] «la cour poursuivait-elle l'affaire, a-t-elle fait quelque chose susceptible de faire progresser l'affaire en l'absence de l'[accusé]?» (je souligne). En définitive, le juge Casey a décidé que l'acte du juge violait le droit de l'accusé d'être présent à son procès et, dans une ordonnance maintenue par notre Cour, il a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

En adoptant, pour les fins de l'art. 14 de la *Charte* la phrase «faire progresser l'affaire» et le raisonnement sous-jacent que l'on trouve dans *Meunier* et qui a été clarifié dans la jurisprudence relative à l'art. 650 du *Code*, je ne laisse pas entendre que cette phrase a un sens magique ou fixe. En fait, je souscris aux observations de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570 (C.A. Ont.), où on a jugé que l'art. 650 (alors l'art. 577) du *Code* avait été violé lorsqu'on avait fait sortir l'accusé, à deux reprises, de la salle d'audience pendant son réinterrogatoire, alors que des plaidoiries avaient lieu et que des décisions étaient prises au sujet de l'admissibilité d'une preuve. En ce qui concerne la phrase «faire progresser l'affaire», le juge Zuber affirme, au nom de la Cour d'appel, à la p. 574:

[TRADUCTION] Je ne puis croire qu'on ait voulu que cette phrase soit définitive. Elle constitue une façon de formuler la question essentielle de savoir si oui ou non le procès continuait. Il importe peu de savoir si la continuation incluait la présentation d'éléments de preuve, des plaidoiries, des décisions sur des questions de preuve, l'exposé au jury, etc. [Je souligne.]

Je compte simplement préciser que, si l'absence d'interprétation ou une lacune dans celle-ci porte sur une question purement administrative ou logistique qui ne touche pas aux intérêts vitaux de l'accusé, comme le fait de prévoir un ajournement ou

recess, this will not be a violation of s. 14 of the *Charter*. Indeed, to say it was a violation would trivialize the right to interpreter assistance protected under the Constitution.

In determining whether the alleged deviation in interpretation was part of an occurrence which actually served in some way to "advance the case", one must consider whether there was an unfolding or development in the proceeding with respect to a point of procedure, evidence and/or law. One is not looking to the effect of the occurrence in question — i.e., whether it proved to be to the advantage of one side or the other, such as where evidence sought to be excluded by one side is ruled inadmissible. Rather, one is looking to whether anything with a bearing on the procedural and substantive rights of the parties — i.e., their "vital interests" — has taken place. For instance, in *Meunier, supra*, counsel's argument on the motion was part of the "trial" and should not have been conducted in the absence of the accused, irrespective of whether or not the defence actually won the motion objecting to the admission of certain evidence. Likewise, in *Grimba, supra*, no distinction was made between two rulings on evidentiary points, one of which had been decided in favour of the accused and the other against him — both were considered part of the trial. And in *Hertrich, supra*, the fact that the trial judge eventually ruled that the jurors were not biased and dismissed the defence's motion for a mistrial was not deemed relevant to the question of whether the accused's right to be present had been violated while the judge interviewed the jurors in the absence of the accused.

(iv) Prejudice

With respect to the question of what has to be established by the party asserting a violation of s. 14 of the *Charter*, I wish to make one final comment. In my view, it is crucial that, at the stage where it is being determined whether an accused's s. 14 rights were in fact violated, courts not engage in speculation as to whether or not the lack of or lapse in interpretation in a specific instance made any difference to the outcome of the case. To

d'y consentir, l'art. 14 de la *Charte* ne sera pas violé. En fait, dire qu'il s'agit d'une violation banaliserait le droit à l'assistance d'un interprète garanti par la Constitution.

Pour déterminer si la présumée dérogation dans l'interprétation faisait partie intégrante d'un événement qui a vraiment servi d'une certaine façon à «faire progresser l'affaire», il faut se demander si l'instance s'est déroulée ou a progressé sur une question de procédure, de preuve ou de droit. On ne considère pas l'effet de l'événement en question — c.-à-d. s'il s'est révélé avantageux pour l'une ou l'autre partie, comme dans le cas où la preuve qu'une partie cherche à faire exclure est jugée inadmissible. On se demande plutôt s'il s'est produit un événement ayant des conséquences sur les droits procéduraux et substantiels des parties, c.-à-d. leurs «intérêts vitaux». Par exemple, dans l'arrêt *Meunier*, précité, la plaidoirie de l'avocat concernant la requête faisait partie du «procès» et n'aurait pas dû avoir lieu en l'absence de l'accusé, peu importe que la requête de la défense visant à s'opposer à l'admission de certains éléments de preuve ait été accueillie ou non. De même, dans l'arrêt *Grimba*, précité, aucune distinction n'a été établie entre deux décisions rendues sur des questions de preuve, l'une ayant été tranchée en faveur de l'accusé et l'autre à son détriment — les deux ont été considérées comme faisant partie du procès. En outre, dans l'affaire *Hertrich*, précitée, le fait que le juge du procès ait finalement décidé que les jurés étaient impartiaux puis rejeté la requête de la défense en annulation du procès n'a pas été jugé pertinent quant à savoir si le droit des accusés d'être présents avait été violé au moment où le juge a interrogé les jurés en leur absence.

(iv) Préjudice

J'aimerais faire un dernier commentaire sur la question de savoir ce que doit établir la partie qui allègue une violation de l'art. 14 de la *Charte*. À mon avis, il est primordial qu'au moment de déterminer si les droits garantis à l'accusé par l'art. 14 ont effectivement été violés, les tribunaux ne se lancent pas dans des conjectures quant à savoir si l'absence d'interprétation ou une lacune dans celle-ci au cours d'une instance donnée, a influé

second-guess the defence's strategy in a particular case, or to ponder the utility of proper interpretation, is an inherently dangerous exercise. It is impossible to know for sure what would have happened if an accused had been provided with full and contemporaneous interpretation of the proceeding in question. For example, one can never really know what might have been triggered in an accused's mind had he or she received the interpretation to which he or she is entitled under s. 14 of the *Charter*.

Section 14 expressly guarantees the right to the assistance of an interpreter when certain conditions precedent are met. Nowhere does it require or suggest that an *ex post facto* assessment of prejudice to an accused's right to full answer and defence be carried out before a violation of the right can be found. Furthermore, the right under s. 14 of the *Charter* is one held not only by accused persons, but also by parties in civil actions and administrative proceedings and by witnesses. If the right to interpreter assistance were based exclusively on the right to make full answer and defence and on avoiding prejudice to that right, there would be no reason for parties in non-criminal proceedings as well as witnesses to be separately guaranteed the right.

Section 14 guarantees the right to interpreter assistance without qualification. Therefore, it would be wrong to introduce into the assessment of whether the right has been breached any consideration of whether or not the accused actually suffered prejudice when being denied his or her s. 14 rights. The *Charter* in effect proclaims that being denied proper interpretation while the case is being advanced is in itself prejudicial and is a violation of s. 14. Actual resulting prejudice is a matter to be assessed and accommodated under s. 24(1) of the *Charter* when fashioning an appropriate and just remedy for the violation in question. In other words, the "prejudice" is in being denied the right to which one is entitled, nothing more.

sur l'issue de l'affaire. Il est dangereux en soi de critiquer après coup la stratégie de la défense dans une affaire donnée ou de jauger l'utilité d'une bonne interprétation. Il est impossible de savoir avec certitude ce qui se serait produit si l'accusé avait bénéficié d'une interprétation intégrale et concomitante des procédures en question. Par exemple, on ne peut jamais réellement savoir ce qu'aurait pu provoquer dans l'esprit de l'accusé l'interprétation à laquelle il avait droit en vertu de l'art. 14 de la *Charte*.

L'article 14 garantit expressément le droit à l'assistance d'un interprète lorsque certaines conditions préalables sont remplies. Nulle part ne prévoit-il ni ne donne-t-il à entendre que, pour pouvoir conclure que le droit a été violé, il faut effectuer une évaluation après coup de l'atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. En outre, le droit garanti à l'art. 14 de la *Charte* appartient non seulement aux accusés, mais aussi aux parties à des actions civiles et à des procédures administratives, de même qu'aux témoins. Si le droit à l'assistance d'un interprète était fondé exclusivement sur le droit de présenter une défense pleine et entière et sur la nécessité d'éviter toute atteinte à ce droit, il n'y aurait aucune raison de garantir séparément ce droit aux parties à des procédures non criminelles et aux témoins.

L'article 14 garantit sans réserve le droit à l'assistance d'un interprète. Par conséquent, il serait erroné de se demander, pour déterminer si le droit a été violé, si l'accusé a vraiment subi un préjudice lorsqu'on lui a refusé l'exercice de ses droits garantis par l'art. 14. La *Charte* proclame en fait que le refus de fournir une bonne interprétation pendant que l'affaire progresse est préjudiciable en soi et viole l'art. 14. Le véritable préjudice qui résulte est une question qui doit être examinée et réglée en fonction du par. 24(1) de la *Charte*, lorsqu'il s'agit de concevoir une réparation convenable et juste pour la violation en question. En d'autres termes, le «préjudice» réside exclusivement dans le fait de se voir refuser l'exercice d'un droit auquel on a droit.

(v) Waiver

In light of the fact that the right to interpreter assistance is not only a fundamental constitutional guarantee in its own right, but also an important means of ensuring a full, fair and public hearing, something which is separately protected under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, it follows that s. 14 *Charter* rights will be more difficult to waive than may formerly have been the case under the common law and under statutory instruments, such as the *Criminal Code* and the *Canadian Bill of Rights*. Indeed, there will be situations where the right simply cannot, in the greater public interest, be waived. This has already been recognized under the common law in the two early cases of *Kwok Leung*, *supra*, and *Lee Kun*, *supra*. In both cases, the courts imposed definite restrictions on the possibilities for valid and effective waivers of the right to an interpreter, whether or not the accused was represented by counsel. Gompertz J. in *Kwok Leung*, at pp. 174-75, explained the rationale for so limiting waiver as follows:

... while in civil cases the rules of evidence may be waived by consent of the parties, in a criminal case, these rules are matters *publici juris* and cannot be so dispensed with. On a criminal trial not merely the single person accused has an interest at stake, but every other subject of the Crown is concerned in seeing that the prisoner is not deprived of life or liberty, except under the whole of the safeguards prescribed by law.

In other words, it is simply beyond the bounds of a civilized society such as ours to permit a person charged with a criminal offence and facing deprivation of liberty who genuinely cannot speak and/or understand the language of the proceedings to dispense either wittingly or unwittingly with the services of an interpreter.

Where waiver of the right to interpreter assistance is possible, the threshold will be very high. In *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, this Court made it clear *per* Lamer J. (as he then was) that to be valid, waiver of a statutory procedural right has to be clear and unequivocal and must be done with full knowledge

(v) Renonciation

Comme le droit à l'assistance d'un interprète est non seulement une garantie constitutionnelle fondamentale en soi, mais également un moyen important d'assurer la tenue d'un procès complet, équitable et public, garantie séparément par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, il s'ensuit qu'il sera plus difficile de renoncer aux droits garantis par l'art. 14 de la *Charte* que cela peut avoir été le cas antérieurement sous le régime de la common law et de textes législatifs comme le *Code criminel* et la *Déclaration canadienne des droits*. En fait, il y aura des cas où, dans l'intérêt public général, il sera tout simplement impossible de renoncer à ce droit. On a déjà reconnu cela en common law, dans les deux arrêts anciens *Kwok Leung* et *Lee Kun*, précités, où les tribunaux ont imposé des restrictions précises quant à la possibilité de renoncer valablement et effectivement au droit à un interprète, peu importe que l'accusé soit ou non représenté par un avocat. Aux pages 174 et 175 de l'arrêt *Kwok Leung*, le juge Gompertz explique ainsi la raison de limiter ainsi la renonciation:

[TRADUCTION] ... si, dans les affaires civiles, les parties peuvent renoncer aux règles de preuve sur consentement, dans les affaires criminelles, ces règles sont d'ordre public et ne peuvent être ainsi abandonnées. Dans un procès criminel, non seulement la personne accusée a un intérêt en jeu, mais encore tous les autres sujets de Sa Majesté sont intéressés à ce que le prisonnier ne soit privé de la vie ou de la liberté que conformément à l'ensemble des garanties offertes en droit.

En d'autres termes, ce serait simplement dépasser les bornes d'une société civilisée comme la nôtre que de permettre à une personne accusée d'une infraction criminelle, qui risque d'être privée de sa liberté et qui ne peut vraiment pas parler ou comprendre la langue des procédures, de renoncer sciemment ou non aux services d'un interprète.

Lorsqu'il est possible de renoncer au droit à l'assistance d'un interprète, le seuil est très élevé. Dans *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a précisé, au nom de la Cour, que, pour être valide, la renonciation à un droit procédural d'origine législative doit être claire et sans

of the rights the procedure was enacted to protect and the effect that waiver will have on those rights. This standard for a valid waiver has subsequently been adopted in the context of the *Charter*, specifically with respect to s. 10(b), which guarantees the right to retain and instruct counsel upon arrest or detention: see, e.g., *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, *per* McLachlin J., at pp. 892-94. In the specific case of waiver of the s. 14 right to interpreter assistance, I would add to existing safeguards the following condition. The waiver should be made personally by the accused, if necessary following an inquiry by the court through an interpreter to ensure that the accused truly understands what it is he or she is doing, unless counsel for the accused is fluent in the accused's language or has communicated with the accused through an interpreter before coming to court and satisfies the court that the nature of the right and the effect on that right of waiving it have been explained to the accused.

The necessity for personal waiver of the right to interpreter assistance under s. 14 of the *Charter* is illustrated by the American case of *Aguilar*, *supra*. In that case, the majority of the Supreme Court of California rejected the argument that defence counsel's consent to the use of the defendant's interpreter to translate testimony for the benefit of the court amounted to a waiver of the right to an interpreter. The court found that there was no indication in the record that the defendant had personally made a voluntary and intentional waiver, and held that mere acquiescence by counsel did not waive the right to interpreter assistance. The fact that the very interchange that produced the apparent waiver had involved the court, the prosecutor, the interpreter and defence counsel and had taken place entirely in English was one of the reasons why the court maintained that waiver should be personal. In other words, the very real potential for misunderstandings stemming from language difficulties, even where an accused is represented by counsel, underscores the need for a personal

équivoque et doit être faite en pleine connaissance des droits que la procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits. Cette norme relative à une renonciation valide a subséquemment été adoptée dans le contexte de la *Charte*, plus précisément à l'égard de l'al. 10b) qui garantit le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention: voir, *par ex.*, *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, le juge McLachlin, aux pp. 892 à 894. Dans le cas précis de la renonciation au droit à l'assistance d'un interprète, garanti par l'art. 14, j'ajouterais aux garanties existantes la condition suivante. L'accusé doit renoncer personnellement, si nécessaire à la suite d'une vérification du tribunal, par l'entremise d'un interprète, que l'accusé comprend véritablement ce qu'il fait, à moins que l'avocat de l'accusé ne connaisse la langue de ce dernier ou n'ait communiqué avec l'accusé par l'intermédiaire d'un interprète avant de se présenter devant le tribunal, et qu'il convainque ce dernier que la nature du droit et l'effet de la renonciation sur ce droit ont été expliqués à l'accusé.

L'arrêt américain *Aguilar*, précité, montre la nécessité de renoncer personnellement au droit à l'assistance d'un interprète garanti par l'art. 14 de la *Charte*. Dans cet arrêt, la Cour suprême de la Californie à la majorité a rejeté l'argument suivant lequel le consentement de l'avocat de la défense à ce que l'interprète du défendeur traduise un témoignage pour le bénéfice de la cour équivalait à une renonciation au droit à un interprète. La cour a conclu que rien dans le dossier n'indiquait que le défendeur avait personnellement renoncé volontairement et intentionnellement, et elle a conclu que le simple acquiescement de l'avocat ne constituait pas une renonciation au droit à l'assistance d'un interprète. Le fait que le tribunal, la poursuite, l'interprète et l'avocat de la défense aient participé à l'échange même qui a engendré l'apparence de renonciation et qui s'est déroulé entièrement en anglais est l'une des raisons pour lesquelles la cour a maintenu que la renonciation devrait être personnelle. En d'autres termes, la possibilité très réelle de malentendus résultant de problèmes linguistiques, même lorsque l'accusé est représenté par un avocat, fait ressortir la nécessité que l'accusé

waiver from the accused of his or her right to interpreter assistance.

(vi) Summary of Conclusions

The scope of the right to interpreter assistance guaranteed by s. 14 of the *Charter* may be stated in the following broad terms. The constitutionally guaranteed standard of interpretation is not one of perfection; however, it is one of continuity, precision, impartiality, competency and contemporaneity. An accused who does not understand and/or speak the language of the proceedings, be it English or French, has the right at every point in the proceedings in which the case is being advanced to receive interpretation which meets this basic standard. To establish a violation of s. 14, the claimant of the right must prove on a balance of probabilities not only that he or she was in need of assistance, but also that the interpretation received fell below the basic, guaranteed standard and did so in the course of the case being advanced. Unless the Crown is able to show on a balance of probabilities that there was a valid and effective waiver of the right which accounts for the lack of or lapse in interpretation, a violation of the right to interpreter assistance guaranteed by s. 14 of the *Charter* will have been made out. While there will be circumstances in which waiver of the right to interpreter assistance will not be permitted for reasons of public policy, in situations where waiver is possible, the Crown must not only show that the waiver was clear and unequivocal and made with a knowledge and understanding of the right, but also that it was made personally by the accused or with defence counsel's assurance that the right and the effect on that right of waiving it were explained to the accused in language in which the accused is fully conversant.

(c) *Application*

At the outset of the appellant's trial, it was accepted that the appellant was in need of the assistance of an interpreter in order to follow the proceedings. In the course of making some brief inquiries about the appellant's facility with the

renonce personnellement à son droit à l'assistance d'un interprète.

(vi) Résumé des conclusions

La portée du droit à l'assistance d'un interprète, garanti par l'art. 14 de la *Charte*, peut être énoncée dans les termes généraux suivants. La norme d'interprétation garantie par la Constitution n'en est pas une de perfection; il s'agit cependant d'une norme de continuité, de fidélité, d'impartialité, de compétence et de concomitance. L'accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue des procédures, que ce soit le français ou l'anglais, a droit, à toute étape des procédures où l'affaire progresse, à des services d'interprétation satisfaisant à cette norme fondamentale. Pour établir l'existence d'une violation de l'art. 14, la personne qui invoque le droit qu'il confère doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que non seulement elle avait besoin de cette assistance, mais que les services d'interprétation obtenus ne satisfaisaient pas à la norme fondamentale garantie, et ce, pendant que l'affaire progressait. À moins que le ministère public ne soit en mesure de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu renonciation valide et effective à ce droit, qui explique l'absence d'interprétation ou la lacune dans celle-ci, on aura établi une violation du droit à l'assistance d'un interprète, garanti par l'art. 14 de la *Charte*. Bien qu'il soit interdit, dans certains cas, de renoncer au droit à l'assistance d'un interprète pour des raisons d'ordre public, lorsque la renonciation est possible, le ministère public doit non seulement établir qu'elle était claire et sans équivoque et faite par quelqu'un qui connaissait et comprenait ce droit, mais encore qu'elle a été faite personnellement par l'accusé ou avec l'assurance de l'avocat de la défense que le droit et l'effet de la renonciation sur celui-ci ont été expliqués à l'accusé dans une langue qu'il connaît parfaitement.

(c) *Application*

À l'ouverture du procès de l'appellant, on a reconnu qu'il avait besoin de l'assistance d'un interprète pour suivre les procédures. En vérifiant brièvement la facilité de l'appellant en anglais, le juge du procès a appris de l'avocate de la défense

English language, the trial judge learned from defence counsel that she had, up to that point, been taking instructions through the interpreter. When asked by the trial judge whether he had any objection to the interpreter, counsel for the Crown replied that he did not. After being asked by the trial judge whether he had previously served as an interpreter and answering that he had, Mr. Nguyen was duly sworn as an interpreter. Mr. Nguyen was instructed by the trial judge to sit beside the appellant in order to translate the proceedings to him and to advise defence counsel. During the trial, the trial judge was sensitive to the presence of the interpreter and, on a number of occasions, asked witnesses to slow down in order to allow Mr. Nguyen to do his job.

The question here is whether the appellant was denied his s. 14 *Charter* rights in the course of his trial. Specifically, was the appellant's right to interpreter assistance violated when the interpreter testified as a defence witness and, rather than giving his answers in English and Vietnamese, simply provided summaries in Vietnamese of his testimony and, in the case of a brief exchange with the trial judge, failed to provide any interpretation whatsoever? To answer this question, the analytical framework developed above must be applied to the facts of this case.

For ease of reference, I have reproduced the relevant portion of the transcript which starts immediately after Mr. Nguyen was sworn as a witness and took the stand. I have also inserted at the appropriate points a verbatim translation back into English of the interpretation which was provided in summary form to the appellant (based on the affidavit sworn by Mr. Nguyen and admitted into evidence by the Court of Appeal below).

DIRECT EXAMINATION

Q. Mr. Nguyen, you're familiar with Mr. Tran?

A. Before I met him in this case I only met him in the Vietnamese New Year. Like we have a community — a small community so we usually celebrate the

qu'elle avait, jusqu'à ce moment, reçu ses instructions par l'entremise d'un interprète. Lorsque le juge du procès lui a demandé s'il s'opposait à la présence de l'interprète, le substitut du procureur général a répondu par la négative. Après que le juge du procès lui eut demandé s'il avait déjà servi d'interprète, ce à quoi il a répondu par l'affirmative, M. Nguyen a été assermenté comme interprète. Le juge du procès lui a demandé de s'asseoir à côté de l'appellant afin de lui traduire les procédures et de transmettre ses instructions à l'avocate de la défense. Pendant le procès, le juge a tenu compte de la présence de l'interprète et, à un certain nombre de reprises, il a demandé aux témoins de ralentir afin de permettre à M. Nguyen de s'acquitter de sa tâche.

Il s'agit en l'espèce de savoir si, pendant le procès, il y a eu violation des droits que l'art. 14 de la *Charte* garantissait à l'appellant. Plus précisément, le droit de l'appellant à l'assistance d'un interprète a-t-il été violé lorsque l'interprète a témoigné pour la défense et que, plutôt que de donner ses réponses en anglais et en vietnamien, il n'a offert que des résumés en vietnamien de son témoignage et n'a fourni aucune interprétation dans le cas d'un bref échange avec le juge du procès? Pour répondre à cette question, le cadre analytique conçu plus haut doit être appliqué aux faits de la présente affaire.

Pour faciliter la consultation, je reproduis la partie pertinente de la transcription qui commence immédiatement après que M. Nguyen eut été assermenté comme témoin et se fut présenté à la barre. J'ai également ajouté aux endroits appropriés la traduction mot à mot en anglais de l'interprétation qui a été fournie sous forme de résumé à l'appellant (suivant l'affidavit de M. Nguyen qui a été admis en preuve par la Cour d'appel).

[TRADUCTION]

INTERROGATOIRE PRINCIPAL

Q. Monsieur Nguyen, vous connaissez M. Tran?

R. Avant de le rencontrer relativement à cette affaire, je ne l'avais rencontré qu'à l'occasion du Nouvel an vietnamien. Nous avons une communauté — une petite

Vietnamese New Year so that's the first time I met him and —

Q. Did you know him in the fall of 1990?

A. Oh yes. Last year, that was the first time when I see him. This case begin, yeah.

Q. What can you say, if anything, about Mr. Tran's weight at the time you saw him in the fall of 1990?

A. About his weight, I think he tend to be slimmer. But very slight slimmer only about five pounds but, like I said, I couldn't tell from the first. He wearing — if he wearing suit now. But when I first met him in the fall last year he wearing just a jacket. I think probably the difference is the belly down here. I think that's probably the difference.

Q. So you're saying very slight, is what you said?

A. Yeah.

DEFENCE COUNSEL Thank you, Mr. Nguyen.

THE COURT Perhaps you could just say that in Vietnamese.

[EVIDENCE TRANSLATED INTO VIETNAMESE]

[Translation according to affidavit: "I just testified that you are thinner than last year, probably five pounds less. Your face hasn't changed at all."]

CROSS-EXAMINATION

CROWN COUNSEL I'm not trying to be funny by this question now, Mr. Nguyen. The — you didn't have scales. I mean you weren't weighing him to say as if like what he weighs then and what he weighs now, correct?

A. No.

Q. No. And would I be correct in saying it's — if he was arraigned approximately a year ago today, or close to it, a year ago, you — the first time to think back to that date as to what his weight would be like is today, is that correct?

A. [No audible response.]

Q. Your first efforts to try to think back to what this gentleman looked like back last year —

A. Yes.

communauté, alors nous célébrons généralement le Nouvel an vietnamien, et c'est la première fois que je l'ai rencontré et —

Q. Le connaissiez-vous à l'automne 1990?

R. Oh oui. L'an dernier, c'était la première fois que je le voyais. Cette affaire a débuté, ouais.

Q. Que pouvez-vous dire du poids de M. Tran à l'époque où vous l'avez rencontré à l'automne 1990?

R. Sur son poids, je crois qu'il tend à être plus mince. Mais très peu, seulement cinq livres environ, mais, comme je l'ai dit, je ne pouvais savoir au début. Il porte un complet — s'il porte un complet maintenant. Mais lorsque je l'ai rencontré pour la première fois à l'automne l'an dernier, il ne portait qu'une veste. Je crois que c'est ici à l'abdomen qu'il y a une différence. Je crois que c'est probablement là la différence.

Q. Alors vous dites très peu, c'est ce que vous avez dit?

R. Ouais.

L'AVOCAT DE LA DÉFENSE Merci, M. Nguyen.

LA COUR Peut-être pourriez-vous répéter vos propos en vietnamien.

[TÉMOIGNAGE TRADUIT EN VIETNAMESE]

[Traduction suivant l'affidavit: «Je viens de dire que vous êtes plus mince que l'an dernier, probablement cinq livres de moins. Votre visage n'a pas changé du tout.»]

CONTRE-INTERROGATOIRE

LE SUBSTITUT DU PROCUREUR GÉNÉRAL Je ne tente pas d'être drôle en posant cette question, M. Nguyen. La — vous n'aviez pas de pèse-personne. Je veux dire, vous ne le pesiez pas pour dire combien il pesait alors et combien il pèse maintenant, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Non. Est-il vrai que s'il a été interpellé il y a environ un an, ou il y a près d'un an, vous — c'est la première fois aujourd'hui que vous pensez à cette date pour vous souvenir de ce que son poids était, n'est-ce pas?

R. [Aucune réponse audible.]

Q. Vos premiers efforts pour tenter de vous rappeler l'apparence de cet homme il y a un an —

R. Oui.

Q. — Around this — October of last year, is today. That's the first time to try to throw your mind back to then.

A. Yeah.

Q. Okay.

A. Oh, again, I think in — after the fall and after that couple of months he went to another court on Spring Garden. That's another time when I met him.

Q. Okay. No, but what I mean is your first effort to try to think back to how much or what his weight might have been — the first time to ever think about what his size might be or what his weight might be is today to try to think back to last year in October.

A. Yeah.

Q. My explanation is, this is the first you thought of to try to think back as to what his weight was back then.

THE COURT He said that's the first he thought about it, today.

CROWN COUNSEL Yeah, okay. I'm just trying to be fair. You better translate that.

[EVIDENCE TRANSLATED TO VIETNAMESE]

[Translation according to affidavit: "The Crown Prosecutor questioned me about my memory on your weight and the time that I tried to think back about it."]

THE COURT When you say the "fall", you're talking about October, aren't you? At the time of the arraignment.

MR. NGUYEN No, I think that's the November — like I said —

THE COURT In November.

MR. NGUYEN Before the Vietnamese New Year but —

THE COURT I see. So you didn't really know him before November.

MR. NGUYEN No, no. I never really knew him.

THE COURT You didn't know him on the 22nd of September 1990.

MR. NGUYEN Oh, no. I don't know him. I only know him in the Court.

THE COURT Thank you.

THE WITNESS WITHDREW

Q. À peu près à — octobre l'an passé, c'est aujourd'hui. C'est la première fois que vous essayez de vous rappeler ce moment-là.

R. Ouais.

Q. D'accord.

R. Oh, encore, je pense en — après l'automne et après un ou deux mois il est allé devant un autre tribunal à Spring Garden. Je l'ai rencontré là aussi.

Q. Bien. Mais ce que je veux dire, c'est aujourd'hui la première fois que vous tentez de vous rappeler combien il pesait — la première fois que vous pensez à ce que sa grosseur ou son poids pouvait être, vous tentez de penser à l'an dernier en octobre.

R. Ouais.

Q. Je m'explique, c'est la première fois que vous tentez de vous rappeler quel était alors son poids.

LA COUR Il a dit que la première fois qu'il y a pensé, c'est aujourd'hui.

LE SUBSTITUT DU PROCUREUR GÉNÉRAL Oui, d'accord. J'essaie seulement d'être juste. Vous feriez mieux de traduire cela.

[TÉMOIGNAGE TRADUIT EN VIETNAMIEN]

[Traduction suivant l'affidavit: «Le substitut du procureur général m'a interrogé sur ma mémoire concernant votre poids et le moment où j'ai essayé d'y penser.»]

LA COUR Lorsque vous dites l'«automne», vous parlez d'octobre, n'est-ce pas? Au moment de l'interpellation.

M. NGUYEN Non, je crois que c'est novembre — comme j'ai dit —

LA COUR En novembre.

M. NGUYEN Avant le Nouvel an vietnamien, mais —

LA COUR Je vois. Alors vous ne le connaissiez pas vraiment avant novembre.

M. NGUYEN Non, non. Je ne l'ai jamais vraiment connu.

LA COUR Vous ne le connaissiez pas le 22 septembre 1990.

M. NGUYEN Oh non. Je ne le connaissais pas. Je ne l'ai connu qu'ici.

LA COUR Merci.

LE TÉMOIN SE RETIRE

Since I am satisfied that the appellant did not understand or speak English, the language of the proceedings, and, therefore, that he was in need of interpreter assistance throughout his trial as found by the trial judge, the first step in the analysis will be to determine whether there was in fact a departure from the general standard of continuous, precise, impartial, competent and contemporaneous interpretation guaranteed by s. 14 of the *Charter*. In my view, there is no doubt that the interpretation of the proceedings in which Mr. Nguyen was involved as a witness fell well below what it should have been.

First, the appellant did not receive continuous interpretation of all of the evidence at his trial. Rather, the questions posed to and answers given by Mr. Nguyen were distilled and condensed into two, one-sentence summaries. Moreover, there is nothing in the record to suggest that the interpreter's exchange with the judge was translated at all, not even in summary form. In other words, the requirement of continuity was not complied with.

Second, the interpretation provided to the appellant was not precise. Not only was it completely missing in the case of the interchange with the judge, but also the one-sentence summaries which were provided failed to convey everything that had been said. In addition, the first summary was incorrect in that it referred to something which had not in fact been said. That is, Mr. Nguyen told the appellant that he had testified that the appellant's "face hasn't changed at all". However, nowhere in Mr. Nguyen's actual evidence was the appellant's face mentioned.

Third, while there is no reason to doubt the actual impartiality or objectivity of the interpretation provided by Mr. Nguyen, the practice of having an interpreter act as both a witness and an interpreter is one which should be avoided in all but exceptional circumstances (e.g. where there is nobody else who can testify on the matter in question). In the rare event that such a dual role becomes necessary, it is the court's responsibility to make it clear that the interpreter is no longer serving in his or her capacity as an officer of the

Puisque je suis convaincu que l'appellant ne comprenait pas et ne parlait pas l'anglais, la langue des procédures, et qu'il avait donc besoin de l'assistance d'un interprète pendant tout son procès, comme l'a conclu le juge du procès, la première étape de l'analyse consistera à déterminer s'il y a effectivement eu dérogation à la norme générale d'interprétation continue, fidèle, impartiale, concomitante et effectuée par une personne compétente, que garantit l'art. 14 de la *Charte*. À mon avis, il ne fait aucun doute que l'interprétation des procédures au cours desquelles M. Nguyen a servi de témoin était loin d'être ce qu'elle aurait dû être.

Premièrement, l'appellant n'a pas obtenu une interprétation continue de toute la preuve produite à son procès. Au contraire, les questions posées à M. Nguyen et ses réponses ont été élaguées et condensées en deux résumés d'une phrase. En outre, rien dans le dossier ne porte à croire que l'échange entre l'interprète et le juge a été traduit, même sous la forme d'un résumé. En d'autres termes, l'exigence de continuité n'a pas été respectée.

Deuxièmement, l'interprétation fournie à l'appellant n'était pas fidèle. Non seulement était-elle totalement absente dans le cas de l'échange avec le juge, mais encore les résumés en une phrase qui ont été effectués n'ont pas transmis tout ce qui avait été dit. En outre, le premier résumé était incorrect du fait qu'il faisait état de quelque chose qui, en réalité, n'avait pas été dit, en ce sens que M. Nguyen a raconté à l'appellant qu'il avait témoigné que son [TRADUCTION] «visage n'a[vait] pas changé du tout». Or, nulle part dans le témoignage même de M. Nguyen le visage de l'appellant n'est-il mentionné.

Troisièmement, bien qu'il n'y ait aucune raison de douter de l'impartialité ou de l'objectivité réelle de l'interprétation fournie par M. Nguyen, la pratique qui consiste à se servir d'un interprète à la fois comme témoin et interprète devrait être évitée, sauf dans des circonstances exceptionnelles (par ex., lorsque personne d'autre ne peut témoigner sur le point en question). Dans le rare cas où il devient nécessaire de faire jouer ce double rôle, il incombe à la cour de préciser que l'interprète n'agit plus à titre d'officier de justice et de désigner un autre

court and to appoint another interpreter for the remainder of the proceedings. Otherwise, having the interpreter double as a witness may give rise to a reasonable apprehension of bias, not to mention practical and logistical difficulties with respect to the interpretation being provided.

Lastly, the timing of the interpretation was unsatisfactory. It should have occurred contemporaneously with the asking of questions and the giving of answers. Indeed, at the outset, both the trial judge and defence counsel instructed the interpreter to give his answers in English and Vietnamese. However, these instructions were disregarded by Mr. Nguyen, who failed to provide consecutive interpretation.

To summarize, the interpretive assistance which was furnished to the appellant at the stage in the proceedings when the interpreter was on the witness stand was clearly deficient. At a minimum, it was neither continuous, precise nor contemporaneous. There is no doubt in my mind that it fell below the general standard of interpretation which is protected under s. 14 of the *Charter*. The next question then is whether the lapses in interpretation occurred in the course of the case being advanced. While the Court of Appeal below was correct in saying that the assistance provided to the appellant fell short of the "ideal standard", in my respectful opinion, it was wrong not to recognize that this lapse was a significant one which infringed the appellant's s. 14 *Charter* rights.

The lapses in interpretation which occurred were not trivial or *de minimis* in nature. Rather, they occurred at a point when the appellant's vital interests were clearly involved and, therefore, the case was being advanced. The problems with the interpretation arose during the testimony of a witness. It is axiomatic that an accused has the right to confront all witnesses and to be meaningfully present while evidence is being adduced, be it for or against the accused. In addition, the evidence given by Mr. Nguyen covered a topic of considerable importance to the appellant — namely, the

interprète pour le reste des procédures. Autrement, permettre que l'interprète agisse également à titre de témoin risque de susciter une crainte raisonnable de partialité, sans compter les difficultés pratiques et logistiques que peut poser l'interprétation fournie.

Enfin, le moment où l'interprétation a été fournie n'était pas satisfaisant. Elle aurait dû coïncider avec les questions posées et les réponses données. De fait, au départ, tant le juge du procès que l'avocate de la défense ont demandé à l'interprète de donner ses réponses en anglais et en vietnamien. Pourtant, ces directives ont été ignorées par M. Nguyen qui n'a pas fourni une interprétation consécutive.

En résumé, l'assistance d'un interprète fournie à l'appellant au moment où l'interprète était à la barre des témoins était manifestement insuffisante. À tout le moins, elle n'était ni continue, ni fidèle, ni concomitante. Il ne fait aucun doute dans mon esprit qu'elle ne respectait pas la norme générale d'interprétation garantie par l'art. 14 de la *Charte*. Il s'agit ensuite de savoir si les lacunes dans l'interprétation sont survenues pendant que l'affaire progressait. Bien que la Cour d'appel ait eu raison d'affirmer que l'assistance accordée à l'appellant ne respectait pas la [TRADUCTION] «norme idéale», j'estime qu'elle a eu tort de ne pas reconnaître que cette lacune était importante et qu'elle a violé les droits de l'appellant garantis par l'art. 14 de la *Charte*.

Les lacunes dans l'interprétation n'étaient ni banales ni négligeables. En fait, elles sont survenues à un moment où les intérêts vitaux de l'appellant étaient manifestement en jeu et, par conséquent, où l'affaire progressait. Les problèmes d'interprétation sont survenus au cours de la déposition d'un témoin. Il est évident qu'un accusé a le droit de confronter tous les témoins et d'être réellement présent pendant la production de la preuve, qu'elle lui soit favorable ou non. En outre, le témoignage de M. Nguyen couvrait un sujet d'importance considérable pour l'appellant, soit la ques-

issue of identification upon which his entire defence was built. The details of Mr. Nguyen's testimony concerning the appellant's weight were vital. By simply being given one-sentence summaries of the evidence, the damage that had been done to Mr. Nguyen's testimony in cross-examination and in the exchange with the trial judge was not conveyed to the interpreter and the answers he received indicated that the interpreter did not know the appellant until two months after the alleged assault. In other words, the interpreter's evidence was not probative of the accused's weight at the time of the offence. Moreover, the first one-sentence summary which the appellant received was misleading. By telling the appellant that he had testified that the appellant's face had not changed at all, when in fact he had said no such thing, the interpreter may have left the appellant with the impression that his evidence would cover concerns about fluctuations in his weight (since the complainant's identification was based on a photo line-up).

As a consequence of not being fully informed in a timely fashion of what was actually being said, the appellant was not in a position to instruct his counsel with respect either to re-examination of the interpreter, or to calling another witness who might have been able to testify about his weight at the time of the alleged offence. If, for example, another witness had been called and been credible, that witness's evidence might have raised the necessary reasonable doubt required for an acquittal. The uncertainty associated with the question of what might have happened had the accused received the quality of interpretation to which he was entitled under s. 14 of the *Charter* demonstrates that courts must not engage in speculating about the utility or non-utility of proper interpretation. What is important is that the appellant was in need of interpreter assistance and was denied at a point when the case was clearly being advanced the standard of assistance to which he was entitled and which he is presumed to have required in order to understand the proceedings.

tion de l'identification sur laquelle toute sa défense reposait. Les détails du témoignage de M. Nguyen concernant le poids de l'appellant étaient cruciaux. En ne recevant que des résumés en une phrase du témoignage, l'appellant n'a pas été informé du tort qui avait été fait au témoignage de M. Nguyen lors du contre-interrogatoire et pendant l'échange qu'il a eu avec le juge du procès. Les questions que le juge du procès a posées à l'interprète et les réponses qu'il a obtenues ont permis de découvrir que l'interprète n'a connu l'appellant que deux mois après l'agression alléguée. En d'autres termes, le témoignage de l'interprète n'était pas probant relativement au poids de l'accusé à l'époque de l'infraction. Par ailleurs, le premier résumé en une phrase que l'appellant a obtenu était trompeur. En disant à l'appellant qu'il avait témoigné que son visage n'avait pas changé du tout, alors qu'en fait il n'avait rien dit de tel, l'interprète a pu donner à l'appellant l'impression que son témoignage répondrait aux préoccupations relatives à la fluctuation de son poids (puisque l'identification par la plaignante reposait sur une séance d'identification au moyen de photos).

Comme il n'était pas informé pleinement et promptement des propos qui étaient véritablement tenus, l'appellant n'était pas en mesure de demander à son avocate de réinterroger l'interprète ou d'appeler un autre témoin qui aurait pu témoigner sur son poids à l'époque de l'infraction alléguée. Si, par exemple, un autre témoin avait été appelé et jugé crédible, son témoignage aurait pu soulever le doute raisonnable nécessaire pour qu'il y ait acquittement. L'incertitude liée à la question de savoir ce qui aurait pu se produire si l'accusé avait bénéficié de la qualité d'interprétation à laquelle il avait droit en vertu de l'art. 14 de la *Charte* démontre que les tribunaux ne doivent pas se lancer dans des conjectures sur l'utilité ou l'inutilité d'une bonne interprétation. Ce qui importe, c'est que l'appellant avait besoin de l'assistance d'un interprète et qu'on lui a refusé, à un moment où l'affaire progressait manifestement, le degré d'assistance à laquelle il avait droit et dont il est présumé avoir eu besoin pour comprendre les procédures.

With the greatest of respect, I simply cannot agree with the Court of Appeal that, because the evidence which was not properly interpreted proved in the end to be of minor probative value, the appellant was not deprived of his right to be present or to make full answer and defence. The evidence concerning the appellant's weight was relevant to the central issue in the case, that of identification. In his reasons for judgment, the trial judge discussed at some length the question of the appellant's weight at the time of the alleged offence and ultimately relied on the identification evidence of the police officer and the complainant. Had there been credible evidence from the defence that the accused was not "fat" at the time of the assault, this evidence might have created a reasonable doubt in the trial judge's mind. For the Court of Appeal to say after the fact that the poor interpretation received by the appellant made no difference to the outcome of the case is, in my opinion, to engage in the kind of second-guessing and speculation which I have suggested is inappropriate in determining whether there has been a breach of s. 14 of the *Charter*. Irrespective of whether the interpreter's evidence actually affected the appellant's right to full answer and defence, something we cannot know with certainty, the appellant was entitled under s. 14 to hear fully and contemporaneously what was being said on the topic of his weight.

I also wish to say that even though it was the defence which called the interpreter to the stand and not the Crown, this is not relevant to whether or not the interpretation provided in this case fell below the guaranteed standard at a point when the case was being advanced (although in a different fact situation it might have some impact on the question of waiver or remedy). In addition, I note that the Court of Appeal treated the lack of an affidavit from the appellant indicating that he had not understood Mr. Nguyen's evidence as being of some relevance. This point was picked up on by counsel for the Crown who argued before this Court that, in light of the fact that the appellant apparently understood some English, he was under an obligation to show that he did not actually understand what had been said while Mr. Nguyen

En toute déférence, je ne puis tout simplement convenir avec la Cour d'appel que, parce que la valeur probante du témoignage qui n'a pas été bien interprété s'est finalement révélée faible, l'appellant n'a pas été privé de son droit d'être présent ou de présenter une défense pleine et entière. Le témoignage concernant le poids de l'appellant était pertinent quant à la question fondamentale de l'affaire, celle de l'identification. Dans ses motifs de jugement, le juge du procès a analysé assez longuement la question du poids de l'appellant à l'époque où l'infraction aurait été commise, pour finalement se fonder sur la preuve d'identification du policier et de la plaignante. Si la défense avait présenté une preuve crédible que l'accusé n'était pas «gras» à l'époque de l'agression, cette preuve aurait pu susciter un doute raisonnable dans l'esprit du juge du procès. En disant a posteriori que les mauvais services d'interprétation dont a bénéficié l'appellant n'ont rien changé à l'issue de l'affaire, la Cour d'appel s'est, à mon avis, lancée dans le genre de critique après coup et de conjectures qui, ai-je indiqué, ne convient pas pour déterminer si l'art. 14 de la *Charte* a été violé. Peu importe que le témoignage de l'interprète ait influé ou non sur le droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière, ce que nous ne pouvons pas savoir avec certitude, l'appellant avait, en vertu de l'art. 14, le droit d'entendre intégralement et de façon concomitante ce qui était dit sur son poids.

J'aimerais ajouter que, même si c'est la défense qui a appelé l'interprète à la barre et non le ministère public, cela ne change rien à la question de savoir si l'interprétation fournie en l'espèce n'a pas satisfait à la norme garantie à un moment où l'affaire progressait (bien que, dans un contexte différent, cela puisse avoir des répercussions sur la question de la renonciation ou de la réparation). En outre, je remarque que la Cour d'appel a considéré que l'absence d'affidavit de l'appellant indiquant qu'il n'avait pas compris le témoignage de M. Nguyen avait une certaine pertinence. Le substitut du procureur général a repris ce point devant notre Cour pour soutenir que, compte tenu du fait que l'appellant comprenait apparemment un peu l'anglais, il était tenu de démontrer qu'il n'avait vraiment pas compris ce que M. Nguyen avait dit lors-

was on the witness stand. I cannot accept this argument. It seems to me that, once an accused is found by a trial judge to be in need of the assistance of an interpreter, as was found here, the accused should be presumed to be in need from that moment on. ^a Therefore, the assumption should be that, but for the proper assistance of an interpreter, the accused will not understand the proceedings.

The next issue to be decided is that of waiver. In my view, the facts of this case do not support the Crown's argument that the appellant waived his guaranteed right to continuous, precise, impartial and contemporaneous interpretation of Mr. Nguyen's evidence. There was no clear or unequivocal waiver. At the time of calling the interpreter to the witness stand, defence counsel acknowledged that the situation was an unusual one and that she could have sought an adjournment in order to find another witness to testify as to the appellant's weight, but had instead agreed with the Crown that it was best to complete the trial that day. Following the interpreter's equivocation in the face of the trial judge's request that he properly interpret his testimony to the appellant, defence counsel indicated that answers should be given in English and Vietnamese. The relevant passage in the transcript reads as follows:

THE COURT Perhaps then, Mr. Nguyen, you will give your answers both in English and in Vietnamese so that the accused —

MR NGUYEN Oh yeah. I will explain to him later because it's only brief what —

DEFENCE COUNSEL No, give your answers in both languages, that would be more accommodating. [Emphasis added.]

As it turned out, these requests by both the trial judge and defence counsel were ignored by the interpreter.

There is also no indication on the record that the appellant personally understood the scope of his right to interpreter assistance and what he was giv-

qu'il était à la barre. Je ne puis retenir cet argument. Il me semble qu'une fois que le juge du procès conclut qu'un accusé a besoin de l'assistance d'un interprète, comme c'est le cas en l'espèce, on devrait présumer que l'accusé en a besoin à partir de ce moment. En conséquence, il y a lieu de présumer qu'à défaut de l'assistance convenable d'un interprète, l'accusé ne comprendra pas les procédures.

Vient ensuite la question de la renonciation. À mon avis, les faits de la présente affaire n'appuient pas l'argument du ministère public voulant que l'appellant ait renoncé à son droit garanti à une interprétation continue, fidèle, impartiale et concomitante du témoignage de M. Nguyen. Il n'y a eu aucune renonciation claire et sans équivoque. Au moment d'appeler l'interprète à la barre des témoins, l'avocate de la défense a reconnu que la situation était inhabituelle et qu'elle aurait pu demander un ajournement afin de trouver une autre personne pour témoigner sur le poids de l'appellant, mais elle a plutôt convenu avec le ministère public qu'il était préférable de terminer le procès ce jour-là. À la suite des propos équivoques que l'interprète a tenus en réponse à la demande du juge du procès qu'il traduise bien son témoignage à l'appellant, l'avocate de la défense a indiqué que les réponses devraient être données en anglais et en vietnamien. Le passage pertinent de la transcription se lit ainsi:

[TRANSLATION]

LA COUR Peut-être alors, M. Nguyen, donnerez-vous vos réponses en anglais et en vietnamien afin que l'accusé —

M. NGUYEN Oh oui. Je lui expliquerai plus tard parce que c'est tout court ce que —

L'AVOCATE DE LA DÉFENSE Non, donnez vos réponses dans les deux langues, ce serait plus facile. [Je souligne.]

Il s'est avéré que l'interprète a fait fi des demandes du juge du procès et de l'avocate de la défense.

Par ailleurs, rien au dossier n'indique que l'appellant a personnellement compris la portée de son droit à l'assistance d'un interprète et ce à quoi il

ing up, and that the waiver was made by him personally. Nothing in the record suggests that the nature of the right and the consequences of waiving it had been explained to the appellant through the interpreter. Indeed, the exchange which immediately preceded the start of the interpreter's testimony occurred entirely in English. In my view, the trial judge fell into error when he did not conduct an inquiry through the interpreter to ensure that the appellant appreciated that he had a right to full and contemporaneous interpretation of all of the proceedings and that he was about to lose this right.

Finally, I should say that I am left in some doubt as to whether this was even a case where it was open for the appellant to give a valid and effective waiver in light of his acknowledged difficulty with English. This, however, would have been a matter for the trial judge's discretion, after conducting an inquiry into the appellant's appreciation of what was taking place and his facility with the English language.

To conclude, I find that the appellant needed an interpreter, that the standard of interpretation provided to him fell well below what was required under s. 14 of the *Charter*, and that the lapse in interpretation which occurred took place at a point in the proceedings when the case was clearly being advanced. In addition, the Crown has not satisfied me that there was a valid and effective waiver of the right in this case.

(d) *Remedy*

The final issue to be decided is that of remedy. By proceeding under s. 14 of the *Charter*, it is possible to fashion an "appropriate and just" remedy tailored to the particular circumstances of the case under s. 24(1) of the *Charter*. Section 24(1) provides:

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

renonçait, ni qu'il y a renoncé personnellement. Rien dans le dossier ne porte à croire que la nature du droit et les conséquences de la renonciation à ce droit avaient été expliquées à l'appellant par l'entremise de l'interprète. En fait, l'échange qui a immédiatement précédé le commencement du témoignage de l'interprète s'est déroulé exclusivement en anglais. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en ne vérifiant pas par l'entremise de l'interprète si l'appellant réalisait qu'il avait droit à une interprétation intégrale et concomitante de toutes les procédures et qu'il était sur le point de perdre ce droit.

Enfin, je devrais mentionner que je doute qu'il s'agisse même d'une affaire où il était loisible à l'appellant de renoncer valablement à son droit compte tenu de sa difficulté reconnue en anglais. Il aurait toutefois appartenu au juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire sur cette question après avoir vérifié si l'appellant réalisait ce qui se passait, de même que sa facilité en anglais.

Pour finir, je conclus que l'appellant avait besoin d'un interprète, que l'interprétation qui lui a été fournie ne satisfaisait pas à la norme requise par l'art. 14 de la *Charte* et que la lacune dans l'interprétation qui a été fournie est survenue à une étape des procédures où l'affaire progressait manifestement. En outre, le ministère public ne m'a pas convaincu que l'appellant a valablement et effectivement renoncé à son droit en l'espèce.

d) *Réparation*

Reste à trancher la question de la réparation. En procédant en vertu de l'art. 14 de la *Charte*, il est possible de concevoir une réparation «convenable et juste» qui soit adaptée aux circonstances de l'affaire, au sens du par. 24(1) de la *Charte*, qui prescrit ceci:

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

I cannot accept the Crown's argument that, if there was a violation of s. 14 of the *Charter* in this case, it was of such a minor, technical nature that the curative proviso of the *Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii), should be applied and the appeal dismissed. In my view, neither s. 686(1)(b)(iii) nor, I might add, s. 686(1)(b)(iv) have any application when what is in issue is a breach of s. 14 of the *Charter*. The relevant parts of s. 686(1) of the *Code* read as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

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

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

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

Section 686(1)(b)(iii) is designed to avoid the necessity of setting aside a conviction for minor or "harmless" errors of law where the Crown can establish that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Section 686(1)(b)(iv), a relatively new provision of the *Code* introduced in 1985, is also designed to permit a court to dismiss an appeal from a conviction, but in cases of procedural irregularity where the Crown can show that the accused suffered no prejudice. In other words, where the fairness of the proceedings has not been detrimentally affected, the *Code* effectively per-

Je ne puis retenir l'argument du ministère public voulant que, si l'art. 14 de la *Charte* a été violé en l'espèce, cette violation ait été si négligeable et technique qu'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)b(iii), et de rejeter le pourvoi. À mon avis, ni le sous-al. 686(1)b(iii), ni, pourrais-je ajouter, le sous-al. 686(1)b(iv) ne s'appliquent lorsque c'est une violation de l'art. 14 de la *Charte* qui est en cause. Les parties pertinentes du par. 686(1) du *Code* se lisent ainsi:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [. . .] la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit,

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

Le sous-alinéa 686(1)b(iii) est conçu pour éviter d'avoir à annuler une déclaration de culpabilité pour des erreurs de droit négligeables ou «inoffensives» lorsque le ministère public peut établir qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Le sous-alinéa 686(1)b(iv), une disposition relativement nouvelle du *Code* introduite en 1985, vise également à permettre à un tribunal de rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité, mais dans les cas d'irrégularité de procédure où le ministère public peut établir que l'accusé n'a subi aucun préjudice. En d'autres termes,

mits the error in question to be “cured”, thereby allowing the appeal from conviction to be dismissed.

While denial of a *Charter* right constitutes an error of law, it is by its very constitutional nature a serious error of law, and certainly not one which, for *Criminal Code* purposes, can be characterized as minor or harmless, or as a “procedural irregularity”. Therefore, I find as a matter of law that a violation of s. 14 of the *Charter* precludes application of both s. 686(1)(b)(iii) and s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*. To the extent that a particular *Charter* violation is more or less serious and/or prejudices an accused to a greater or lesser degree, this raises remedial issues which fall squarely to be decided under s. 24(1) of the *Charter*, not under the *Criminal Code*.

Importantly, s. 24(1) of the *Charter* offers the advantage of remedial flexibility, something which has not always been the case with the right to be present under s. 650 of the *Code*, where the remedial consequences of a breach of this right have tended to be more rigidly defined: *Vézina, supra, per Lamer J.* (as he then was), at pp. 13-14. That is, denials of the right to be present under s. 650 of the *Code* have generally been considered to be fatal errors depriving courts of their jurisdiction, thereby precluding application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*: *Barrow, supra, per Dickson C.J.*, at pp. 718-19, *Meunier, supra*, at pp. 16-17, and Proulx, *supra*, at pp. 182-84. (However, without commenting one way or the other on the correctness of their decisions, I note that several courts of appeal have relied on the new procedural irregularity proviso, s. 686(1)(b)(iv), to avoid having to order new trials in cases involving breaches of s. 650: see, e.g., E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987), vol. 2, at 23:8105.)

lorsqu’il n’y a pas eu d’atteinte à l’équité des procédures, le *Code* permet effectivement de «corriger» l’erreur en question en autorisant le rejet de l’appel de la déclaration de culpabilité.

Bien que la négation d’un droit garanti par la *Charte* constitue une erreur de droit, il s’agit, de par sa nature constitutionnelle même, d’une erreur de droit grave qui, aux fins du *Code criminel*, ne peut certainement pas être qualifiée de négligeable ou d’inoffensive, ni d’«irrégularité de procédure». Par conséquent, je conclus que, du point de vue juridique, la violation de l’art. 14 de la *Charte* empêche l’application des sous-al. 686(1)(b)(iii) et (iv) du *Code*. Dans la mesure où une violation de la *Charte* est plus ou moins grave ou cause plus ou moins un préjudice à l’accusé, il se pose alors des questions de réparation qui relèvent directement du par. 24(1) de la *Charte*, et non pas du *Code criminel*.

Il importe de souligner que le par. 24(1) de la *Charte* a l’avantage d’offrir une certaine souplesse en matière de réparation, ce qui n’a pas toujours été le cas avec le droit d’être présent au sens de l’art. 650 du *Code*, où on a eu tendance à définir de façon plus rigide les conséquences qu’une violation de ce droit entraîne sur le plan de la réparation à accorder: *Vézina*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), aux pp. 13 et 14. Autrement dit, la négation du droit d’être présent au sens de l’art. 650 du *Code* a généralement été considérée comme étant une erreur fatale qui dépouille les tribunaux de leur compétence et qui empêche ainsi l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*: *Barrow*, précité, le juge en chef Dickson, aux pp. 718 et 719, *Meunier*, précité, aux pp. 16 et 17, et Proulx, *loc. cit.*, aux pp. 182 à 184. (Toutefois, sans commenter d’une façon ou d’une autre la justesse de leurs décisions, je souligne que plusieurs cours d’appel se sont fondées sur la nouvelle disposition relative à l’irrégularité de procédure, le sous-al. 686(1)(b)(iv), pour éviter d’avoir à ordonner de nouveaux procès dans des cas où il y avait eu violation de l’art. 650: voir par ex., E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. 1987), vol. 2, à 23:8105.)

As a general rule, the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* for a breach of s. 14 of the *Charter* will be the same as it would be under the common law and under statutory guarantees, such as s. 650 of the *Code* or s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* — namely, a re-hearing of the issue or proceeding in which the violation occurred. For example, where the violation takes place within the trial proper, it will generally be necessary to quash the conviction being appealed from and to order a new trial. Where, on the other hand, the violation takes place in some discrete and severable part of the proceedings, such as in a bail or sentencing hearing, a new hearing of the issue will usually be the fitting remedy under s. 24(1). However, it is important to recognize that s. 24(1) empowers a court to do what it considers to be “appropriate and just” in the circumstances. The remedial flexibility which is provided for in s. 24(1) may allow a court, in the right circumstances, to grant a remedy which either exceeds or falls short of the remedy I have suggested will normally be appropriate in cases where s. 14 of the *Charter* has been violated (i.e., a re-hearing of the issue).

One of the relevant considerations in adjusting the remedy to fit the circumstances of a particular violation of s. 14 will be that of prejudice. For instance, where an accused is able to demonstrate that he or she has suffered or will suffer prejudice over and above that which flows directly from the violation itself, such as having to incur the financial costs associated with a new trial, a court may find it appropriate to award an additional remedy under s. 24(1), such as damages. Likewise, where a violation of the right to interpreter assistance has occurred but has already been remedied in the course of the proceedings themselves, such as where a break in interpretation occurred and the court was able to “cure” the error by having the court reporter read back the missing parts to allow the interpreter to translate them, a court may

En général, la réparation qu’il convient d’accorder sous le régime du par. 24(1) de la *Charte* à l’égard d’une violation de l’art. 14 de la *Charte* sera identique à ce qu’elle serait en common law et sous le régime des garanties d’origine législative comme celles de l’art. 650 du *Code* ou de l’al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits*, soit une nouvelle audition de la question ou de la procédure dans le cadre de laquelle la violation a été commise. Par exemple, lorsque la violation survient pendant le procès lui-même, il sera généralement nécessaire d’annuler la déclaration de culpabilité dont il est interjeté appel et d’ordonner un nouveau procès. Si, par ailleurs, la violation est commise pendant une partie distincte et séparable des procédures comme, par exemple, pendant une enquête sur le cautionnement ou une audition visant à déterminer la peine à imposer, une nouvelle audition de la question constituera normalement la réparation appropriée en vertu du par. 24(1). Toutefois, il importe de reconnaître que le par. 24(1) habilite le tribunal à accorder la réparation qu’il estime «convenable et juste» eu égard aux circonstances. La souplesse en matière de réparation qu’offre le par. 24(1) permet à un tribunal d’accorder, dans les circonstances appropriées, une réparation qui soit plus ou moins généreuse que celle qui, comme je l’ai indiqué, conviendra normalement dans les cas où l’art. 14 de la *Charte* a été violé (c.-à-d. une nouvelle audition de la question).

L’un des facteurs qu’il convient de considérer pour adapter la réparation aux circonstances d’une violation particulière de l’art. 14 sera le préjudice subi. Par exemple, lorsque l’accusé est en mesure de démontrer qu’il a subi ou subira un préjudice en sus de celui qui découle directement de la violation elle-même, comme le fait d’avoir à assumer les coûts financiers d’un nouveau procès, un tribunal peut juger approprié d’accorder une autre réparation en vertu du par. 24(1), tels des dommages-intérêts. De même, lorsqu’une violation du droit à l’assistance d’un interprète est survenue mais qu’on y a déjà remédié pendant les procédures elles-mêmes, comme dans le cas où l’interprétation a été interrompue et où le tribunal a pu «corriger» l’erreur en demandant au sténographe judiciaire de relire les parties manquantes pour permettre à l’in-

decide that it is not necessary under s. 24(1) to order a new hearing of the issue.

In sum, recourse should be had to s. 24(1) of the *Charter*, not to the curative provisos of the *Code*, when dealing with an infringement of the right to interpreter assistance. While the remedy for a violation will normally be an order directing a new hearing of the issue or proceeding in which the violation occurred, s. 24(1) allows a court to tailor the remedy to the particular circumstances of the violation. In light of the fact that the violation of s. 14 of the *Charter* in this case occurred in the trial proper, and not in some discrete and severable part of the proceeding, I find that the appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter* is to grant the appellant's request for an order allowing the appeal, quashing the conviction and directing that a new trial be held.

(e) *Disposition*

In conclusion, the appellant's constitutionally guaranteed right to interpreter assistance under s. 14 of the *Charter* was infringed. The appeal is, therefore, allowed, the appellant's conviction quashed, and a new trial ordered.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Coady Filliter, Halifax.

Solicitor for the respondent: Robert E. Lutes, Halifax.

terprète de les traduire, un tribunal peut décider qu'il n'est pas nécessaire, en vertu du par. 24(1), d'ordonner une nouvelle audition de la question.

Somme toute, il y a lieu de recourir au par. 24(1) de la *Charte* et non aux dispositions réparatrices du *Code*, lorsqu'il y a eu violation du droit à l'assistance d'un interprète. Même si la réparation consistera normalement à ordonner la tenue d'une nouvelle audition de la question ou de la procédure dans le cadre de laquelle la violation a été commise, le par. 24(1) permet à un tribunal d'adapter la réparation aux circonstances particulières de la violation. Compte tenu du fait que la violation de l'art. 14 de la *Charte* a, en l'espèce, été commise pendant le procès lui-même et non pas pendant une partie distincte et séparable des procédures, j'estime que la réparation convenable et juste, au sens du par. 24(1) de la *Charte*, consiste à accueillir la requête de l'appelant visant à obtenir une ordonnance accueillant le pourvoi, annulant la déclaration de culpabilité et enjoignant de tenir un nouveau procès.

e) *Dispositif*

En conclusion, le droit de l'appelant à l'assistance d'un interprète, constitutionnellement garanti par l'art. 14 de la *Charte*, a été violé. Le pourvoi est donc accueilli, la déclaration de culpabilité de l'appelant est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant: Coady Filliter, Halifax.

Procureur de l'intimée: Robert E. Lutes, Halifax.

Her Majesty The Queen Applicant

v.

T.L.C. Respondent

INDEXED AS: R. v. C. (T.L.)

File No.: 24008.

Hearing and judgment: June 3, 1994.

Reasons delivered: September 15, 1994.

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

MOTION TO QUASH AN APPEAL

Criminal law — Young offenders — Appeal to Supreme Court of Canada — Young offender found guilty of two indictable offences — Court of Appeal dismissing young offender's appeal with one judge dissenting — Young offender appealing to Supreme Court as of right — Whether appeal as of right lies to Supreme Court — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 27(1), (5).

In proceedings by way of indictment, a young offender was found guilty in youth court of common assault and of having in his possession a weapon or imitation thereof for a purpose dangerous to the public peace. The Court of Appeal dismissed the young offender's appeal, one judge dissenting on a question of law. The young offender then appealed to the Supreme Court as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* and s. 27(1) of the *Young Offenders Act*. The Crown brought a motion to quash the appeal on the ground that, pursuant to s. 27(5) of the *Young Offenders Act*, such an appeal could not proceed unless leave to appeal had been granted by the Court.

Held: The motion should be granted and the appeal quashed.

The clear and unambiguous wording of s. 27(5) precludes appeals as of right, whether brought by the Crown or the young offender, in matters involving persons tried for indictable offences under the *Young Offenders Act*. In light of the fundamental differences between the treatment of young offenders and adults

Sa Majesté la Reine Requérante

c.

^a T.L.C. Intimé

RÉPERTORIÉ: R. c. C. (T.L.)

N° du greffe: 24008.

Audition et jugement: 3 juin 1994.

Motifs déposés: 15 septembre 1994.

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

REQUÊTE EN ANNULATION D'UN APPEL

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Appel à la Cour suprême du Canada — Jeune contrevenant déclaré coupable de deux actes criminels — Appel du jeune contrevenant rejeté par la Cour d'appel, un des juges étant dissident — Appel de plein droit du jeune contrevenant à la Cour suprême — Peut-il y avoir appel de plein droit devant la Cour suprême? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 27(1), (5).

Dans le cadre d'une procédure par voie de mise en accusation, un jeune contrevenant a été reconnu coupable, devant le tribunal pour adolescents, de voies de fait simples et de possession d'une arme ou d'une imitation d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. La Cour d'appel a rejeté son appel, un des juges étant dissident sur une question de droit. Par la suite, le jeune contrevenant a interjeté appel de plein droit devant la Cour suprême en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel* et du par. 27(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le ministère public a déposé une requête en annulation de l'appel au motif qu'il ne pouvait y avoir de pourvoi sans autorisation de la Cour aux termes du par. 27(5) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Arrêt: La requête est accueillie et le pourvoi annulé.

Les termes clairs et non équivoques du par. 27(5) excluent les pourvois de plein droit, qu'ils soient formés par le ministère public ou par le jeune contrevenant, dans les affaires mettant en cause des personnes jugées pour des actes criminels en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. À la lumière des différences fondamen-

who commit criminal offences, it is not anomalous that a young offender enjoys more restricted rights of appeal than an adult offender. Further, in the young offender cases in which this Court has proceeded as if there was an appeal as of right, there is no reference to s. 27(5) and no indication that the jurisdiction to proceed as of right was ever challenged. Those cases are therefore of little assistance in determining the proper interpretation of s. 27(5). Finally, it would be inappropriate for this Court in the present proceedings to entertain a challenge of s. 27(5) under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Cases Cited

Referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).
Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 37.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41 [am. 1974-75-76, c. 18, s. 5].
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 27(1) [rep. & sub. c. 24 (2nd Supp.), s. 20], (5) [*idem*].

MOTION to quash an appeal as of right from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 40 B.C.A.C. 60, 65 W.A.C. 60, 87 C.C.C. (3d) 314, upholding the youth's convictions for assault and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. Motion granted.

William F. Ehrcke, for the applicant.

Henry S. Brown, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — This motion raises the issue of whether an appeal as of right lies to this Court in matters governed by the *Young Offenders Act*,

tales entre le traitement accordé aux jeunes contrevenants et celui réservé aux adultes qui commettent des infractions criminelles, il n'y a rien d'anormal à ce qu'un jeune contrevenant ait des droits d'appel plus restreints que ceux d'un contrevenant adulte. De plus, dans les arrêts concernant de jeunes contrevenants dans lesquelles notre Cour a procédé comme s'il s'agissait de pourvois de plein droit, il n'y a aucune mention du par. 27(5) et rien n'indique non plus que la compétence pour entendre un pourvoi formé de plein droit ait été contestée. Ces arrêts sont donc de peu de secours aux fins d'établir l'interprétation correcte du par. 27(5). Enfin, il ne conviendrait pas en l'espèce que notre Cour entende une contestation du par. 27(5) fondée sur le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)(a).
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, ch. S-19, art. 41 [mod. 1974-75-76, ch. 18, art. 5].
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 27(1) [abr. & rempl. ch. 24 (2^e suppl.), art. 20], (5) [*idem*].
Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3, art. 37.

REQUÊTE en annulation d'un appel de plein droit contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 40 B.C.A.C. 60, 65 W.A.C. 60, 87 C.C.C. (3d) 314, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'adolescent pour voies de fait et possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Requête accueillie.

William F. Ehrcke, pour la requérante.

Henry S. Brown, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — La présente requête soulève la question de savoir s'il peut y avoir appel de plein droit devant notre Cour dans des affaires

R.S.C., 1985, c. Y-1. At the conclusion of oral argument, the motion was granted and the appeal quashed with reasons to follow. Hence these reasons.

Facts

In proceedings by way of indictment, the young offender was found guilty in youth court of common assault and of having in his possession a weapon or imitation thereof for a purpose dangerous to the public peace. The young offender's appeal to the Court of Appeal for British Columbia was dismissed: (1994), 40 B.C.A.C. 60, 65 W.A.C. 60, 87 C.C.C. (3d) 314. Rowles J.A. dissented on the question of whether in the circumstances of this case the conviction for both these offences was barred by the rule against multiple convictions for the same delict as set out in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

Counsel for the Crown wrote to counsel for the young offender reminding her of the time limit within which she could apply for leave to appeal and quoted from s. 27(5) of the *Young Offenders Act*. Subsequently, the young offender filed a notice of appeal indicating an intention to appeal to this Court as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and s. 27(1) of the *Young Offenders Act*. Counsel for the Crown informed counsel for the young offender that the Crown would take the position that the appeal could not proceed in the absence of leave to appeal having been granted. The Crown now brings a motion to quash the appeal on this ground.

Relevant Statutory Provisions

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1

27. (1) An appeal lies under this Act in respect of an indictable offence or an offence that the Attorney General or his agent elects to proceed with as an indictable offence in accordance with Part XXI of the *Criminal*

régies par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1. À l'issue des débats, la requête a été accueillie et le pourvoi annulé, les motifs de la décision devant être déposés ultérieurement. Voici ces motifs.

Les faits

Dans le cadre d'une procédure par voie de mise en accusation, le jeune contrevenant a été reconnu coupable, devant le tribunal pour adolescents, de voies de fait simples et de possession d'une arme ou d'une imitation d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui l'a débouté: (1994), 40 B.C.A.C. 60, 65 W.A.C. 60, 87 C.C.C. (3d) 314. Le juge Rowles était dissident sur la question de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples pour le même délit, énoncée dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, empêchait qu'il y ait déclaration de culpabilité relativement aux deux infractions susmentionnées.

Le ministère public a envoyé à l'avocate du jeune contrevenant une lettre lui rappelant le délai pour demander l'autorisation de pourvoi et citant le par. 27(5) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Par la suite, le jeune contrevenant a déposé un avis d'appel qui manifestait son intention de se pourvoir de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et du par. 27(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le ministère public a fait savoir à l'avocate du jeune contrevenant qu'il soutiendrait qu'il ne pouvait y avoir de pourvoi sans autorisation. D'où la requête du ministère public visant à faire annuler le pourvoi pour ce motif.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1

27. (1) En vertu de la présente loi, il peut être interjeté appel relativement à un acte criminel ou à une infraction que le procureur général ou son représentant choisit de poursuivre par mise en accusation, conformément à la

Code, which Part applies with such modifications as the circumstances require.

partie XXI du *Code criminel*, laquelle s'applique compte tenu des adaptations de circonstance.

(5) No appeal lies pursuant to subsection (1) from a judgment of the court of appeal in respect of a finding of guilt or an order dismissing an information to the Supreme Court of Canada unless leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada within twenty-one days after the judgment of the court of appeal is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow.

(5) Les jugements de la cour d'appel portant sur la déclaration de culpabilité ou sur l'ordonnance ayant rejeté une dénonciation ne sont pas susceptibles d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu du paragraphe (1), sauf si celle-ci a donné une autorisation d'appel dans les vingt et un jours du prononcé du jugement ou dans un délai plus long qu'elle ou un de ses juges a accordé pour des motifs spéciaux.

Analysis

The literal interpretation of s. 27(5) clearly favours the position taken by the Crown. Section 27(1) of the *Young Offenders Act* is a general provision incorporating by reference the provisions of the *Criminal Code* with respect to appeals in indictable offences. Those provisions provide for appeals to the Court of Appeal of a province and to this Court. Section 27(5) is a section dealing specifically with appeals to this Court. It provides that with respect to the appeals authorized by s. 27(1) and which are to this Court leave to appeal is required. I cannot accept the submission of the young offender that s. 27(5) only dictates the time in which leave to appeal must be sought without affecting the cases in which appeals lie as of right pursuant to s. 27(1) and the provisions of the *Criminal Code*. In my view this argument is untenable given that s. 27(5) states, "[n]o appeal lies pursuant to subsection (1) . . . to the Supreme Court of Canada unless leave to appeal is granted . . .". Acceptance of this argument would require that the subsection be rewritten as follows: "No appeal, in respect of which leave to appeal is required, lies pursuant to subsection (1) . . . to the Supreme Court of Canada unless leave to appeal is granted . . .".

Notwithstanding what appears to be the clear literal interpretation of the subsection, it is suggested that it is anomalous that a young person found

Analyse

L'interprétation littérale du par. 27(5) appuie manifestement la thèse du ministère public. Le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est une disposition générale qui y incorpore par renvoi les dispositions du *Code criminel* concernant les appels relatifs aux actes criminels. Ces dispositions prévoient des appels devant la cour d'appel d'une province et devant notre Cour. Le paragraphe 27(5) traite exclusivement des pourvois devant notre Cour. Il dispose qu'en ce qui concerne les pourvois devant notre Cour prévus au par. 27(1), l'obtention de l'autorisation est requise. Je ne puis retenir l'argument du jeune contrevenant selon lequel le par. 27(5) ne fait que fixer le délai pour demander l'autorisation et n'a aucune incidence sur les cas où un pourvoi peut être formé de plein droit en vertu du par. 27(1) et des dispositions du *Code criminel*. À mon avis, cet argument est insoutenable étant donné qu'aux termes du par. 27(5), «[l]es jugements [. . .] ne sont pas susceptibles d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu du paragraphe (1), sauf si celle-ci a donné une autorisation d'appel . . .». Pour accepter cet argument, il faudrait reformuler comme suit le par. (5): «Dans les cas où l'autorisation d'appel s'impose, [l]es jugements [. . .] ne sont pas susceptibles d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu du paragraphe (1), sauf si celle-ci a donné une autorisation d'appel . . .».

Malgré ce que semble manifestement exiger l'interprétation littérale du paragraphe en question, on fait valoir qu'il est anormal qu'un adolescent

guilty of an offence should enjoy more restricted rights of appeal than an adult who is convicted of an offence. A brief history of these provisions shows that there is no anomaly.

The *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, was the precursor of the *Young Offenders Act*. Section 37 provided no appeal to either the Superior Court or the Court of Appeal of the province unless special leave was obtained. No provision was made for an appeal to the Supreme Court of Canada although leave to appeal could be sought under s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 (now s. 40). The justification for less ample rights of appeal being accorded to young offenders lay in the fundamental difference in the nature of the proceedings. The purpose of the proceedings was rehabilitation rather than punishment. Special summary procedures before juvenile courts tended to make the proceedings less formal and less protracted. No conviction resulted from a finding of guilt and the stigma attaching to the proceedings and their result was minimal in comparison to proceedings in adult criminal courts.

The *Young Offenders Act* broadened the rights of appeal to the Court of Appeal by eliminating the requirement of leave in indictable offences in those cases in which an adult would have an appeal as of right. This did not mean that all avenues of appeal would be extended to parallel those available to adults. The policy favouring the early resolution of the adjudicative stage in order to facilitate commencement of rehabilitation would explain why Parliament did not extend appeals as of right to this Court. This policy and the protection of the rights of young offenders would be served by specifically providing for an appeal to this court with leave. Section 27(5) accomplishes these purposes.

reconnu coupable d'une infraction ait des droits d'appel plus restreints que ceux d'un adulte se trouvant dans la même situation. Un bref historique des dispositions en question permet de constater qu'il n'y a là rien d'anormal.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* a remplacé la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, dont l'art. 37 exigeait l'obtention d'une permission spéciale pour interjeter appel devant la cour de juridiction supérieure, ou devant la cour d'appel, de la province. Aucune mention n'était faite des appels devant la Cour suprême du Canada, mais l'autorisation d'appel pouvait être demandée en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, ch. S-19 (maintenant l'art. 40). La justification de droits d'appel moins étendus pour les jeunes contrevenants tenait à des différences fondamentales dans la nature des procédures les concernant. Ces procédures visaient la réinsertion plutôt que la punition. Des procédures sommaires spéciales devant les tribunaux pour adolescents tendaient à comporter moins de formalités et à durer moins longtemps. La conclusion à la culpabilité n'entraînait aucune condamnation. Les stigmates imputables à ces procédures et au jugement qui en résultait étaient minimes en comparaison de ceux associés aux procédures devant les tribunaux criminels pour adultes.

La *Loi sur les jeunes contrevenants*, en supprimant l'obligation d'obtenir l'autorisation d'appel à l'égard des actes criminels dans les cas où un adulte pouvait interjeter appel de plein droit, a élargi les recours à la cour d'appel. Cela ne voulait pas dire que toutes les voies de recours seraient élargies pour correspondre à celles offertes aux adultes. La politique générale consistant à privilégier une résolution rapide de l'étape judiciaire afin de faciliter le passage à l'étape de réinsertion expliquerait pourquoi le Parlement n'a pas prévu des pourvois de plein droit devant notre Cour. Une disposition prévoyant expressément un pourvoi devant notre Cour avec autorisation facilite l'application de cette politique générale ainsi que la protection des droits des jeunes contrevenants. C'est ce que fait le par. 27(5).

There are a number of cases in which this Court has proceeded as if there was an appeal as of right based either on a dissenting judgment in the Court of Appeal or on the fact that there had been acquittal at trial which was overturned by the Court of Appeal. There is no indication in any of those cases that the jurisdiction to proceed as of right was ever challenged. None of those cases contain any reference to s. 27(5) or any explanation of how its plain meaning was avoided. The matter was *per incuriam*. Therefore those cases are of little assistance in determining the proper interpretation of s. 27(5). Now that the question has been raised the Court is bound to give effect to the clear and unambiguous wording of s. 27(5) which precludes appeals as of right, whether brought by the Crown or the accused, in matters involving persons tried for indictable offences under the *Young Offenders Act*. Cases in which the Court accepted jurisdiction to hear the appeals must be treated as appeals in respect of which leave to appeal was thereby granted.

The young offender submitted orally and in his factum that if we accepted the Crown's interpretation of the subsection then we should find that it violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it discriminates against young persons by withholding rights of appeal, an advantage available to adults. As pointed out above, there are fundamental differences between the treatment of young offenders and adults who commit criminal offences. Given these differences, I find it difficult to accept that a young offender can select one aspect of the scheme and claim entitlement to the equal benefit of it with adults without taking into account the many related benefits accorded to young persons which are denied to adults. Nonetheless I would not foreclose the opportunity to advance this submission in appropriate proceedings. In this case the point is raised only in response to a motion to quash. No notice has been given to the Attorney General of Canada nor to other provincial Attorneys General. It follows that there has been no opportunity to present evidence with respect to s. 1 of the *Charter*. In these circumstances it would be inappropriate for

Dans plusieurs affaires, notre Cour a procédé comme s'il existait un pourvoi de plein droit fondé soit sur une opinion dissidente en cour d'appel, soit sur le fait qu'un acquittement au procès avait été annulé par la cour d'appel. Rien n'indique que la compétence pour entendre un pourvoi formé de plein droit ait jamais été contestée dans une de ces affaires. Aucune de ces affaires ne fait mention du par. 27(5) ni n'explique comment a pu être évité l'effet de son sens littéral. La question était *per incuriam*, de sorte que ces arrêts sont de peu de secours aux fins d'établir l'interprétation correcte du par. 27(5). Se trouvant maintenant saisie de la question, la Cour doit donner effet aux termes clairs et non équivoques du par. 27(5), qui exclut les pourvois de plein droit, qu'ils soient formés par le ministère public ou par l'accusé, dans les affaires mettant en cause des personnes jugées pour des actes criminels en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Il faut donc traiter les affaires dans lesquelles notre Cour a accepté d'entendre le pourvoi, comme des pourvois ayant fait l'objet d'une autorisation.

Le jeune contrevenant a fait valoir oralement et dans son mémoire que, dans l'hypothèse où nous retiendrions l'interprétation que donnait le ministère public au paragraphe en cause, nous devrions conclure qu'il viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce sens qu'il constitue à l'égard des adolescents une discrimination sous forme de privation de droits d'appel dont jouissent les adultes. Comme il a été indiqué plus haut, il existe des différences fondamentales entre le traitement accordé aux jeunes contrevenants et celui réservé aux adultes qui commettent des infractions criminelles. Vu ces différences, j'ai du mal à accepter qu'un jeune contrevenant puisse choisir un élément du régime et prétendre en bénéficier au même titre que les adultes, sans tenir compte des nombreux avantages connexes accordés aux adolescents mais refusés aux adultes. Néanmoins, je n'écarterais pas la possibilité d'invoquer cet argument dans le cadre d'une procédure appropriée. En l'espèce, la question n'est soulevée qu'en réponse à une requête en annulation. Aucun avis n'en a été donné au procureur général du Canada ni aux procureurs généraux provinciaux. Il

this Court to entertain a challenge to the subsection.

In accordance with the oral judgment delivered at the conclusion of argument the application is granted and the appeal is quashed.

Motion granted.

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

Solicitor for the respondent: Lois E. Salmond, Vancouver.

s'ensuit donc qu'on n'a eu aucune possibilité de présenter des preuves relativement à l'article premier de la *Charte*. Dans ces circonstances, la Cour ne devrait pas traiter de la contestation du paragraphe en question.

En conformité avec le jugement oral rendu à la conclusion des débats, la requête est accueillie et le pourvoi est annulé.

Requête accueillie.

Procureur de la requérante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Lois E. Salmond, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Securities Commission — Commission part of larger regulatory framework — No privative clause and right of appeal — Appropriate standard of review of Commission's decisions — Whether standard properly applied — Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, ss. 1(1) "material change", "material fact", 14(1), (2), 44(1), 45(2), 49(1), 50(1), 67, 68, 144(1)(a), (b), (c), (d), 149(a), (b), (c), 154.2.

PEZIM V. BRITISH COLUMBIA (SUPERINTENDENT OF BROKERS), 557.

APPEAL

1. Appellate court — Jurisdiction — Question of law — Trial turning on reliability of witnesses and inferences to be drawn from their evidence — Neither issue raising a question of law and therefore appellate court without jurisdiction.

R. V. H. (D.S.) AND N. (J.D.), 392.

2. Charge — Amendment of charge — Charge as drafted overly broad and capable of encompassing innocent activity — Charge as redrafted not prejudicing accused — Whether or not charge should be amended by this Court — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 683(1)(g), 695(1).

R. V. MOYER, 899.

BANKRUPTCY

Priority — Post-bankruptcy income tax refund — Husband ordered to pay monthly amount for child and spousal support to Director of Maintenance Enforcement — Husband later filing voluntary assignment in bankruptcy and assigning post-bankruptcy income tax refund to trustee — Director filing notice of continuing attachment against federal Crown — Whether income tax refund properly payable to trustee or to Director — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67, 68.

MARZETTI V. MARZETTI, 765.

CIVIL RIGHTS

1. Unreasonable search or seizure — Inspections — Powers of inspection of an agency responsible for implementing a government decree in a regulated industrial sector — Whether these powers of inspection, conferred by a provincial statute, infringe s. 24.1 of the Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12 — Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 22(e).

COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE V. POTASH;
COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE V. SÉLECTION MILTON, 406.

2. Discrimination on basis of religion — Employment — School calendar in collective agreement requiring Jewish teachers to work on holy day — School board granting Jewish teachers leave of absence but without pay — Whether school calendar had effect of discriminating against Jewish teachers — If so, whether school board took reasonable steps to accommodate Jewish teachers.

COMMISSION SCOLAIRE RÉGIONALE DE CHAMBLY V. BERGEVIN, 525.

CONSTITUTIONAL LAW

1. British Columbia Terms of Union — Vancouver Island railway — Whether Canada owes British Columbia constitutional obligation to ensure operation of train service between Victoria and Nanaimo — British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, Term 11 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, preamble, schedule — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14, preamble.

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (ATTORNEY GENERAL); AN ACT RESPECTING THE VANCOUVER ISLAND RAILWAY (RE), 41.

2. Charter of Rights — Fundamental justice — Right against self-incrimination — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether admission in evidence of results of pre-

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

trial psychiatric examinations violated accused's right against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. JONES, 229.

3. Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether accused's right to counsel violated when he was not advised that psychiatric investigation could include observations with respect to his future dangerousness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. JONES, 229.

4. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Inspections — Powers of inspection of an agency responsible for implementing a government decree in a regulated industrial sector — Whether these powers of inspection, conferred by a provincial statute, infringe s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Act respecting Collective Agreement Decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 22(e).

COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE V. POTASH;
COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE V. SÉLEC-
TION MILTON, 406.

5. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Accused arrested in connection with murder of nun — Undercover police officer placed in accused's cell to obtain statement but without success — Accused later making inculpatory statements to undercover police officers after being released — Whether accused's right to remain silent infringed — If so, whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

R. v. MCINTYRE, 480.

6. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Plants cultivated in plain sight on Crown land — No reasonable expectation of privacy — Accused not entitled to protection of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. BOERSMA, 488.

7. Distribution of legislative powers — Taxation — Provincial sales tax — Proposed amendments to Quebec sales tax designed to transform it into tax similar to federal goods and services tax — Whether proposed amendments within legislative authority of province — Constitution Act, 1867, s. 92(2).

REFERENCE RE QUEBEC SALES TAX, 715.

8. Charter of Rights — Right to counsel — Waiver — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

unpaid fines and informed of his right to counsel — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to counsel — Accused indicating that he did not wish to speak to counsel and making additional statements — Accused later exercising his right to counsel but continuing to make statements to police — Whether statements obtained in violation of accused's right to counsel — Whether waiver valid — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. WHITTLE, 914.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Degree of mental capacity required to exercise right — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines and informed of his right to remain silent — Accused telling police he wanted to talk and admitting he was responsible for a murder and three robberies — Police charging accused with these offences and informing him again of his right to remain silent — Accused making additional statements to police despite counsel's advice to remain silent — Whether statements obtained in violation of accused's right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. WHITTLE, 914.

10. Charter of Rights — Right to interpreter — Trial — Accused's court-appointed interpreter testifying as defence witness — Interpreter not translating testimony in full but only summarizing evidence — Whether accused's right to assistance of an interpreter breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 14.

R. v. TRAN, 951.

COPYRIGHT

Infringement — "Scratch" cards — Respondents ordered to pay damages for infringement — Respondents' appeal allowed by Court of Appeal — Criteria for infringing correctly stated and appropriately applied to facts by trial judge — Court of Appeal erroneously adding that infringing must be simple copy of original — Trial judgment restored.

BOUTIN V. DISTRIBUTIONS C.L.B. INC., 7.

COURTS

1. Jurisdiction — Sale of property for municipal taxes owing — Statute preventing judicial intervention with tax deeds — Tax arrears necessary to trigger Act — Mistake as to proper legal identity of two islands — Appellants occupying and paying taxes on improved property that they thought they had bought — Other

COURTS—Concluded

island unimproved and non-residential — Property occupied by appellants sold in tax sale — Mistake discovered after sale — Whether Municipal Tax Sales Act, 1984, shields sale from judicial intervention where the municipality has mistakenly confused the property sold with the property occupied by other tax-paying citizens — Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, c. 48, ss. 3(1), 4, 9(5)(a), (b), (c), 11, 12(1), (2)(a), (b), (5)(a), (b), (c), (d), (e), 13(1)(a), (b).

ZEITEL V. ELLSCHEID, 142.

2. Appellate courts — Jurisdiction — Main issues factual and subject of concurrent findings in courts below — Findings of courts below affirmed in absence of palpable and overriding error.

R. V. HOWARD, 299.

3. Jurisdiction — Procedure — Immigration review and Federal Court appellate processes from decision on refugee claim exhausted — Constitutional challenge of Immigration Act brought in provincial superior court — Motion to stay constitutional challenge granted by motions court judge but overturned on appeal — Whether any basis for Court of Appeal's interference with the motions court judge's exercise of discretion — Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C. 43, s. 106 — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 43(1), 44(1), 48, 82.1, 82.2, transitional provisions, as am.

REZA V. CANADA, 394.

CRIMINAL LAW

1. Sexual offences — Sexual assault — Consent — Accused convicted of sexually assaulting his 16-year-old stepdaughter — Court of Appeal allowing accused's appeal and entering acquittal — Court of Appeal erring in holding that victim required to offer some minimal word or gesture of objection and that lack of resistance must be equated with consent — Conviction restored.

R. V. M. (M.L.), 3.

2. Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.

R. V. MOHAN, 9.

3. Perjury — Recantation — Finding at trial of intention by accused to mislead court and of other falsehoods — Retraction of earlier false testimony within same hearing — Recantation of perjury not a defence to completed offence.

R. V. ZAZULAK, 5.

CRIMINAL LAW—Continued

4. Dangerous offenders — Sexual offences — Defence counsel requesting psychiatric assessment to determine whether accused mentally ill — Accused later pleading guilty to sexual assault — Trial judge finding accused to be dangerous offender on basis of pre-trial psychiatric assessments — Whether admission in evidence of results of pre-trial psychiatric examinations violated accused's right against self-incrimination — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 537(1)(b), 755.

R. V. JONES, 229.

5. Charge to jury — Accused acquitted of second degree murder after second trial — Trial judge's slip in recharge amounting to serious misdirection — Order for new trial upheld.

R. V. JACK, 310.

6. Evidence — Timely disclosure — Crown making full disclosure before second trial — Court of Appeal having no jurisdiction to order stay for failure to disclose since no application had been made to trial court — Order for new trial not amounting to abuse of process.

R. V. JACK, 310.

7. Appeal — Appellate court — Jurisdiction — Question of law — Trial turning on reliability of witnesses and inferences to be drawn from their evidence — Neither issue raising a question of law and therefore appellate court without jurisdiction.

R. V. H. (D.S.) AND N. (J.D.), 392.

8. Jury — Directed verdict — Jury reluctant to accede to trial judge's direction to enter verdict of not guilty — Supreme Court of Canada recommending that procedure for directed verdicts be modified.

R. V. ROWBOTHAM; R. V. ROBLIN, 463.

9. Impaired driving — Proof — Marked departure from normal not necessary — Offence proved by any degree of impairment.

R. V. STELLATO, 478.

10. Evidence — Accused's statements to psychiatrists — Hearsay — No error in trial judge's charge to jury with respect to weight to be given expert psychiatric evidence.

R. V. GIESBRECHT, 482.

11. Assault causing bodily harm — *Mens rea* — Whether intent to wound, maim or disfigure necessary — Whether imposing evidentiary burden on accused misplaced burden of proof placed on accused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1).

R. V. GODIN, 484.

CRIMINAL LAW—Continued

12. First degree murder — Charge to jury — Charge as a whole not containing errors which would have misdirected jury — Conviction upheld.

R. v. RICHER, 486.

13. Defences — Insanity — Delusions — Murder — Whether accused lacked capacity to distinguish right from wrong at time of killing — Meaning of phrase "knowing that [the act] was wrong" in s. 16(1) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

R. v. OOMMEN, 507.

14. Uttering death threats — Mens rea — Whether words must be uttered with the intent to intimidate or instill fear or whether sufficient to show threat uttered with the intent that it be taken seriously — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. CLEMENTE, 758.

15. Appeals — Unreasonable verdict — Accused charged with rape — Complainant's evidence containing inconsistencies concerning number of times she was raped and conflicting with prior sworn statements indicating that she had never been sexually abused — Complainant offering explanations for inconsistencies — Accused not testifying in his defence — Whether guilty verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. FRANÇOIS, 827.

16. Evidence — Inferences — Failure to testify — Accused charged with rape — Complainant's evidence containing several inconsistencies — Complainant offering explanations for inconsistencies — Accused not testifying in his defence — Jury during deliberation asking trial judge for clarification on accused's right to testify — Guilty verdict rendered shortly after trial judge's answer to jury's question — Whether jury drew improper inference from accused's failure to testify.

R. v. FRANÇOIS, 827.

17. Abduction of person under fourteen — Elements of offence — Meaning of word "unlawfully" in English text of s. 281 of Criminal Code — Whether Crown must prove additional unlawful act beyond taking of child by stranger — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 281.

R. v. CHARTRAND, 864.

18. Abduction of person under fourteen — Mens rea — Whether sufficient to establish that taker knew or foresaw that his actions would be certain or substantially certain to result in parents being deprived of ability to exercise control over their child — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 281.

R. v. CHARTRAND, 864.

CRIMINAL LAW—Concluded

19. Indignity to human remains — Photographs taken at identifiable grave sites of human remains — Photographs featuring skinhead wearing neo-Nazi symbols and simulating urinating on monument in Jewish cemetery — Accused choreographing photo shoot and providing props — Whether 'offering indignities' requires physical contact with human remains — Whether indignities can be offered to monuments — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 182(b).

R. v. MOYER, 899.

20. Evidence — Confessions — Voluntariness — Mental state of accused — Accused suffering from a mental disorder arrested on warrants of committal for unpaid fines — Accused telling police he wanted to talk and admitting on several occasions he was responsible for a murder and three robberies — Whether accused's statements admissible — Operating mind test.

R. v. WHITTLE, 914.

21. Appeals — Crown appeal — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and ordering new trial — Supreme Court not precluded from disposing of appeal on question of law alone if Court of Appeal's decision based on mixed law and fact — Court of Appeal having jurisdiction under s. 676(1)(a) of Criminal Code to decide Crown's appeal even if it may have exceeded it.

R. v. WHITTLE, 914.

22. Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused's inculpatory statements to police excluded by trial judge — Crown declining to call further available evidence after adverse ruling and accused acquitted — Statements found to have been wrongly excluded on appeal — Court of Appeal concluding that Crown sincerely believed remaining evidence not of sufficient probative force to constitute prima facie case against accused — Court of Appeal not erring in applying s. 686(4)(b)(i) of Criminal Code to set aside acquittal and order new trial.

R. v. WHITTLE, 914.

23. Young offenders — Appeal to Supreme Court of Canada — Young offender found guilty of two indictable offences — Court of Appeal dismissing young offender's appeal with one judge dissenting — Young offender appealing to Supreme Court as of right — Whether appeal as of right lies to Supreme Court — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 27(1), (5).

R. v. C. (T.L.), 1012.

EVIDENCE

Admissibility — Expert evidence — Nature of expert evidence — Expert evidence as to disposition — Pediatrician charged with sexual assault of patients — Expert witness called to testify that character traits of accused not fitting psychological profile of

EVIDENCE—Concluded

putative perpetrator of offences — Whether expert's testimony admissible.

R. v. MOHAN, 9.

FAMILY LAW

Appellate court status review under Child and Family Services Act — Child taken into protection and ultimately made Crown ward with access to birth parent denied in anticipation of adoption — Child's status subject to review under Act — Whether fresh evidence admissible on status review — Whether status review reconsideration of initial decision or assessment of current situation — Interplay between Act's requiring preservation and integrity of family unit if possible and its requiring consideration of best interests of the child — Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 1, 37(2)(f), (g), (3), 57(1), (3), (9), 58(1), (a), (b), 59(2)(a), (b), (c), (d), 65(1)(a), (b), (c), (3)(a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), 69(6), 70(1), (3)(a), (b).

CATHOLIC CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO v. M.(C.), 165.

IMMIGRATION

Refugee status — Immigration review and Federal Court appellate processes from decision on refugee claim exhausted — Constitutional challenge of Immigration Act brought in provincial superior court — Motion to stay constitutional challenge granted by motions court judge but overturned on appeal — Whether any basis for Court of Appeal's interference with the motions court judge's exercise of discretion.

REZA v. CANADA, 394.

INCOME TAX

Deductions — Interest — Interest on debenture accruing to non-taxable government board — Debenture transferred from board to appellants — Interest accruing before transfer of debenture but paid after transfer — Recipients of interest including it in income and then deducting it — Whether transaction within ambit of s. 20(14) of the Income Tax Act — If so, whether no s. 20(14)(b) deduction available to the transferee unless transferor included this same amount in the computation of its income, pursuant to s. 20(14)(a) — Whether all of the interest sought to be deducted met the conditions of s. 20(14) — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(14)(a), (b).

CANADA v. ANTOSKO, 312.

INDIANS

1. Fishing rights — Treaty — Whether 1923 treaty extinguished Hiawatha Band's fishing rights on Otonabee River.

R. v. HOWARD, 299.

2. Validity of treaty — Treaty surrendering fishing rights not ratified by order-in-council — Whether treaty valid.

R. v. HOWARD, 299.

INSURANCE

1. Policy lapse — Waiver — Insurance premium remaining unpaid after grace period expired — Insurer requesting immediate payment of premium — Whether insurer waived right to compel timely payment under policy — If so, whether waiver still in effect when payment tendered.

SASKATCHEWAN RIVER BUNGALOWS LTD. v. MARITIME LIFE ASSURANCE Co., 490.

2. Relief against forfeiture — Waiver — Insurance premium remaining unpaid after grace period expired — Insurer requesting immediate payment of premium — Whether insurer waived right to compel timely payment under policy — If not, whether relief against forfeiture should be granted under s. 10 of Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1.

SASKATCHEWAN RIVER BUNGALOWS LTD. v. MARITIME LIFE ASSURANCE Co., 490.

JUDICIAL REVIEW

Labour relations — Arbitration — Collective agreement — School calendar requiring Jewish teachers to work on holy day — School board granting Jewish teachers leave of absence but without pay — Arbitration board concluding that school calendar had effect of discriminating against Jewish teachers and that school board did not take reasonable steps to accommodate them — School board ordered to pay teachers for their absence on holy day — Whether arbitration board's decision patently unreasonable.

COMMISSION SCOLAIRE RÉGIONALE DE CHAMBLY v. BERGEVIN, 525.

OBLIGATIONS

Recovery of thing not due — Appellant's immovables acquired by City following sale for taxes and resold to third party prior to judgment quashing tax by-law and sale for taxes — Whether appellant could bring action to recover thing not due.

WILLMOR DISCOUNT CORP. v. VAUDREUIL (CITY), 210.

PENSIONS

Trusts — Contracts — Pension fund — Surplus — Entitlement to surplus in defined benefit pension plans — One plan incorporating a trust fund and not contemplating the reversion of surplus assets to the company — Second plan originally defined contribution plan but converted to defined benefit plan — Second plan making no reference to the existence of a trust and specifically contemplating the reversion of surplus assets to the company — Whether employer entitled to surplus — Whether employer entitled to contribution holiday in situation where pension fund in surplus — Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c) — Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

SCHMIDT V. AIR PRODUCTS CANADA LTD., 611.

PRESCRIPTION

Recovery of taxes — Appellant's immovables acquired by City in 1972 following sale for taxes and resold to third party prior to judgment quashing tax by-law and sale for taxes — Restitution of immovables in kind impossible — New action alleging fraudulent sale brought by appellant in 1984 and amended in 1987 to plead sale of another's property and claim payment of price received by City — Whether appellant's new action prescribed — Civil Code of Lower Canada, art. 2224 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 586.

WILLMOR DISCOUNT CORP. V. VAUDREUIL (CITY), 210.

PROCEDURE

Interlocutory relief — Documents seized pursuant to provisions of tax legislation — Motions for orders impounding seized documents granted — Documents sealed until final judgment rendered on legality of search warrants — Whether impounding orders should be set aside.

143471 CANADA INC. V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL);
TABAH V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 339.

RAILWAYS

1. Discontinuance of passenger-train services — Vancouver Island railway — Whether Canada has authority under Railway Act or National Transportation Act, 1987 to discontinue passenger-train service between Victoria and Nanaimo — Whether special federal legislation necessary — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 3(1)(b), 7 — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands

RAILWAYS—Concluded

of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA
(ATTORNEY GENERAL); AN ACT RESPECTING THE VANCOUVER
ISLAND RAILWAY (RE), 41.

2. Discontinuance of passenger-train services — Federal agency order for non-discontinuance of passenger-train service not reconsidered within five years as prescribed by railway legislation — Whether Governor in Council had jurisdiction under s. 64 of National Transportation Act, 1987 to vary order after five-year period — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 268(2).

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA
(ATTORNEY GENERAL); AN ACT RESPECTING THE VANCOUVER
ISLAND RAILWAY (RE), 41.

REAL PROPERTY

Deed for property sold for municipal taxes owing — Statute preventing judicial intervention with tax deeds — Tax arrears necessary to trigger Act — Mistake as to proper legal identity of two islands — Appellants occupying and paying taxes on improved property that they thought they had bought — Other island unimproved and non-residential — Property occupied by appellants sold in tax sale — Mistake discovered after sale — Whether Municipal Tax Sales Act, 1984, shields sale from judicial intervention where the municipality has mistakenly confused the property sold with the property occupied by other tax-paying citizens.

ZEITEL V. ELLSCHEID, 142.

SECURITIES

Securities Commission — Statutory duty on issuers of stock to disclose nature and substance of material change — Prohibition against insider trading — Series of transactions allegedly breaching duty to disclose — Whether transactions breaching duty to disclose and/or prohibition against insider trading.

PEZIM V. BRITISH COLUMBIA (SUPERINTENDENT OF BROKERS),
557.

STATUTES

Agreement in schedule — Statutory ratification and confirmation of scheduled agreement — Whether agreement incorporated into statute — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the

STATUTES—Concluded

Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (ATTORNEY GENERAL); AN ACT RESPECTING THE VANCOUVER ISLAND RAILWAY (RE), 41.

WILLS

Variation — Testator having statutory duty to make adequate provision for proper maintenance and support of surviving spouse

WILLS—Concluded

and children — Testator leaving wife only life estate in matrimonial home and benefit of discretionary trust — Whether courts below failed to provide for wife appropriately in varying will — Meaning of “adequate, just and equitable in the circumstances” — Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, c. 435, s. 2(1).

TATARYN V. TATARYN ESTATE, 807.

INDEX

APPEL

1. Cour d'appel — Compétence — Question de droit — Procès portant sur la fiabilité des témoins et les conclusions à tirer de leur témoignage — Absence de compétence de la Cour d'appel étant donné qu'aucune question de droit n'est soulevée par l'une ou l'autre question en litige.

R. C. H. (D.S.) ET N. (J.D.), 392.

2. Accusation — Modification de l'acte d'accusation — Acte d'accusation initialement rédigé en termes trop généraux et susceptibles d'inclure une activité tout à fait innocente — Acte d'accusation modifié non susceptible de causer un préjudice à l'accusé — La Cour devrait-elle modifier l'acte d'accusation? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683(1)g, 695(1).

R. C. MOYER, 899.

ASSURANCE

1. Déchéance de police — Renonciation — Prime d'assurance demeurant impayée à l'expiration du délai de grâce — Assureur demandant le paiement immédiat de la prime — L'assureur a-t-il renoncé au droit d'exiger le paiement dans le délai prévu par la police? — Dans l'affirmative, la renonciation s'appliquait-elle toujours lorsque le paiement a été offert?

SASKATCHEWAN RIVER BUNGALOWS LTD. C. LA MARITIME, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE, 490.

2. Levée de déchéance — Renonciation — Prime d'assurance demeurant impayée à l'expiration du délai de grâce — Assureur demandant le paiement immédiat de la prime — L'assureur a-t-il renoncé au droit d'exiger le paiement dans le délai prévu par la police? — Dans la négative, y a-t-il lieu de lever la déchéance aux termes de l'art. 10 de la Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1?

SASKATCHEWAN RIVER BUNGALOWS LTD. C. LA MARITIME, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE, 490.

CHEMINS DE FER

1. Suppression de services de trains de voyageurs — Chemin de fer de l'Île de Vancouver — Le Canada a-t-il le pouvoir en vertu de la Loi sur les chemins de fer ou de la Loi de 1987 sur les transports nationaux de supprimer le service de trains de voyageurs entre Victoria et Nanaimo? — Une loi spéciale fédérale est-elle

CHEMINS DE FER—Fin

nécessaire? — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 3(1)b), 7 — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); ACTE CONCERNANT LE CHEMIN DE FER DE L'ÎLE DE VANCOUVER (RE), 41.

2. Suppression de services de trains de voyageurs — L'ordonnance de maintien du service de trains de voyageurs, rendue par l'organisme fédéral, n'a pas été examinée dans le délai de cinq ans prescrit par la loi en matière de chemins de fer — Le gouverneur en conseil avait-il compétence en vertu de l'art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux pour modifier cette ordonnance après le délai de cinq ans? — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 268(2).

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); ACTE CONCERNANT LE CHEMIN DE FER DE L'ÎLE DE VANCOUVER (RE), 41.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Relations de travail — Arbitrage — Convention collective — Enseignants de religion juive requis de travailler un jour de fête religieuse en raison du calendrier scolaire — Enseignants de religion juive autorisés par la commission scolaire à prendre une journée de congé sans traitement — Tribunal d'arbitrage concluant que le calendrier scolaire avait un effet discriminatoire sur les enseignants de religion juive et que la commission scolaire n'a pas pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec eux — Commission scolaire enjointe de payer les enseignants absents un jour de fête religieuse — La décision du tribunal d'arbitrage est-elle manifestement déraisonnable?

COMMISSION SCOLAIRE RÉGIONALE DE CHAMBLY C. BERGEVIN, 525.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Commission des valeurs mobilières — Commission intégrée dans un régime de réglementation —

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

Absence de clause privative et de droit d'appel — Norme de contrôle appropriée des décisions de la Commission — La norme appropriée a-t-elle été appliquée? — Securities Act, S.B.C. 1985, ch. 83, art. 1(1) «changement important», «fait important», 14(1), (2), 44(1), 45(2), 49(1), 50(1), 67, 68, 144(1)a, b, c, d, 149a, b, c, 154.2.

PEZIM C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF BROKERS), 557.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique — Chemin de fer de l'île de Vancouver — Le Canada a-t-il envers la Colombie-Britannique une obligation constitutionnelle de garantir l'exploitation du service de trains entre Victoria et Nanaimo? — Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), App. II, n° 10, art. 11 — Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, préambule, annexe — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14, préambule.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); ACTE CONCERNANT LE CHEMIN DE FER DE L'ÎLE DE VANCOUVER (RE), 41.

2. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de ne pas s'incriminer — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaidant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — L'admission en preuve des résultats des examens psychiatriques préalables au procès a-t-elle violé le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. JONES, 229.

3. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaidant par la suite coupable relativement à un chef d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé du fait qu'on ne l'a pas avisé que l'examen psychiatrique pourrait inclure des observations sur sa dangerosité future? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. JONES, 229.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Inspections — Pouvoirs d'inspection d'un organisme chargé de l'application d'un décret gouvernemental à un secteur

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

réglementé de l'industrie — Ces pouvoirs d'inspection conférés par une loi provinciale violent-ils l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 22e).

COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE C. POTASH;
COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE C. SÉLECTION MILTON, 406.

5. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Accusé arrêté relativement au meurtre d'une religieuse — Policier banalisé placé dans la cellule de l'accusé pour obtenir une déclaration mais sans succès — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à des policiers banalisés alors qu'il avait été relâché — Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

R. C. MCINTYRE, 480.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de marijuana — Plants cultivés à la vue de tous sur une terre de la Couronne — Aucune attente raisonnable en matière de vie privée — Accusés n'ayant pas droit à la protection de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. BOERSMA, 488.

7. Partage des pouvoirs législatifs — Taxation — Taxe de vente provinciale — Modifications proposées visant à transformer la taxe de vente du Québec en une taxe semblable à la taxe fédérale sur les produits et services — Les modifications proposées relèvent-elles de la compétence législative de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).

RENOVI RELATIF À LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC, 715.

8. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé indiquant qu'il ne souhaite pas parler à un avocat et faisant d'autres déclarations — Accusé exerçant par la suite son droit à l'assistance d'un avocat, mais continuant de faire des déclarations à la police — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Y a-t-il eu renonciation valide? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. WHITTLE, 914.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Degré de capacité mentale requis pour l'exercice du droit en question — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes, et informé de son droit de garder le silence — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Police inculquant l'accusé de ces infractions et l'informant de nouveau de son droit de garder le silence — Accusé faisant de nouvelles déclarations à la police malgré le conseil de son avocat de garder le silence — Les déclarations ont-elles été obtenues contrairement au droit de l'accusé de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. WHITTLE, 914.

10. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un interprète — Procès — Interprète désigné par la cour pour assister l'accusé témoignant pour la défense — Interprète se contentant de résumer le témoignage au lieu de le traduire intégralement — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un interprète? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 14.

R. C. TRAN, 951.

DROIT CRIMINEL

1. Infractions d'ordre sexuel — Agression sexuelle — Consentement — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle contre sa belle-fille de 16 ans — Cour d'appel accueillant l'appel de l'accusé et inscrivant un verdict d'acquiescement — Cour d'appel concluant à tort qu'une victime doit opposer un minimum de résistance, par des paroles ou des gestes, et que l'absence de résistance équivaut à consentement — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. C. M. (M.L.), 3.

2. Parjure — Rétractation — Constatation au procès de l'intention de l'accusé d'induire la cour en erreur et de l'existence d'autres fausses déclarations — Rétractation d'un faux témoignage antérieur au cours de la même audience — Rétractation d'un parjure non opposable comme moyen de défense à une infraction complète.

R. C. ZAZULAK, 5.

3. Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne correspondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?

R. C. MOHAN, 9.

4. Délinquants dangereux — Infractions d'ordre sexuel — Demande par l'avocat de la défense d'une évaluation psychiatrique afin de déterminer si l'accusé était atteint d'une maladie mentale — Accusé plaidant par la suite coupable relativement à un chef

DROIT CRIMINEL—Suite

d'agression sexuelle — Juge du procès concluant que l'accusé est un délinquant dangereux sur la foi d'évaluations psychiatriques préalables au procès — L'admission en preuve des résultats des examens psychiatriques préalables au procès a-t-elle violé le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 537(1)b), 755.

R. C. JONES, 229.

5. Exposé au jury — Accusé acquitté de meurtre au deuxième degré à la suite d'un second procès — Lapsus commis dans le nouvel exposé du juge du procès équivalant à une directive erronée aux conséquences sérieuses — Ordonnance de nouveau procès maintenue.

R. C. JACK, 310.

6. Preuve — Divulgaration au moment opportun — Divulgaration complète effectuée par le ministère public avant le second procès — Cour d'appel non-compétente pour ordonner l'arrêt des procédures en raison de l'omission de divulguer en l'absence d'une demande en ce sens au tribunal de première instance — Ordonnance de nouveau procès n'équivalant pas à un abus de procédure.

R. C. JACK, 310.

7. Appel — Cour d'appel — Compétence — Question de droit — Procès portant sur la fiabilité des témoins et les conclusions à tirer de leur témoignage — Absence de compétence de la Cour d'appel étant donné qu'aucune question de droit n'est soulevée par l'une ou l'autre question en litige.

R. C. H. (D.S.) ET N. (J.D.), 392.

8. Jury — Verdict imposé — Jury hésitant à suivre les directives du juge du procès de rendre un verdict de non-culpabilité — Recommandation par la Cour suprême du Canada de modifier la procédure pour les verdicts imposés.

R. C. ROWBOTHAM; R. C. ROBLIN, 463.

9. Conduite avec facultés affaiblies — Preuve — Non nécessité d'une dérogation marquée à la normale — Infraction prouvée par tout degré de facultés affaiblies.

R. C. STELLATO, 478.

10. Preuve — Déclarations de l'accusé à des psychiatres — Ouf-dire — Aucune erreur dans l'exposé du juge du procès au jury quant au poids à accorder aux témoignages d'expert faits par des psychiatres.

R. C. GIESBRECHT, 482.

11. Voies de fait causant des lésions corporelles — *Mens rea* — L'intention de blesser, mutiler ou défigurer est-elle nécessaire? — L'imposition de la charge de présentation à l'accusé a-t-elle

DROIT CRIMINEL—Suite

reporté sur lui la charge de la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 268(1).

R. C. GODIN, 484.

12. Meurtre au premier degré — Exposé au jury — L'exposé au jury dans son ensemble ne comportait pas d'erreur ayant pour effet qu'il aurait reçu des directives erronées — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. RICHER, 486.

13. Moyens de défense — Aliénation mentale — Idées délirantes — Meurtre — L'accusé était-il incapable de distinguer le bien du mal au moment du meurtre? — Sens de l'expression «savoir que l'acte [...] était mauvais» employée au par. 16(1) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

R. C. OOMMEN, 507.

14. Menaces de mort — Mens rea — Les paroles doivent-elles être prononcées avec l'intention d'intimider ou de susciter la crainte ou suffit-il de démontrer que la menace a été proférée avec l'intention qu'elle soit prise au sérieux? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1a).

R. C. CLEMENTE, 758.

15. Appels — Verdict déraisonnable — Accusation de viol — Témoignage de la plaignante contenant des incohérences au sujet du nombre de fois où elle a été violée et contredisant des déclarations antérieures faites sous serment selon lesquelles elle n'avait jamais été victime d'abus sexuels — Explications de la plaignante au sujet des incohérences — Accusé ne témoignant pas pour sa défense — Le verdict de culpabilité était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

R. C. FRANÇOIS, 827.

16. Preuve — Conclusions — Omission de témoigner — Accusation de viol — Plusieurs incohérences dans le témoignage de la plaignante — Explications de la plaignante au sujet des incohérences — Accusé ne témoignant pas pour sa défense — Jurés en délibération demandant au juge du procès des précisions sur le droit de témoigner de l'accusé — Verdict de culpabilité rendu peu après la réponse du juge du procès à la question des jurés — Les jurés ont-ils tiré une conclusion inadmissible de l'omission de témoigner de l'accusé?

R. C. FRANÇOIS, 827.

17. Enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans — Éléments de l'infraction — Signification du mot «unlawfully» dans le texte anglais de l'art. 281 du Code criminel — Le ministère public doit-il établir la perpétration d'un acte illégal autre que l'enlèvement d'un enfant par un étranger? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 281.

R. C. CHARTRAND, 864.

DROIT CRIMINEL—Suite

18. Enlèvement d'une personne âgée de moins de quatorze ans — Mens rea — Est-il suffisant d'établir que la personne qui a enlevé l'enfant savait ou avait prévu qu'il était certain ou presque certain que ses actes priveraient les parents de la capacité d'exercer leur contrôle sur l'enfant? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 281.

R. C. CHARTRAND, 864.

19. Indignité envers des restes humains — Photographies prises sur le site de tombes identifiées — Photographies représentant un skinhead portant des symboles nazis et faisant semblant d'uriner sur un monument dans un cimetière juif — Composition des scènes des photos et fourniture des accessoires par l'accusé — La «perpétration d'une indignité» nécessite-t-elle un contact physique avec des restes humains? — Une indignité peut-elle être commise envers des monuments? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 182b).

R. C. MOYER, 899.

20. Preuve — Confessions — Caractère volontaire — État mental de l'accusé — Accusé atteint de troubles mentaux arrêté en exécution de mandats d'incarcération relatifs au non-paiement d'amendes — Accusé faisant part à la police de sa volonté de faire une déclaration et avouant à maintes reprises être responsable d'un meurtre et de trois vols qualifiés — Les déclarations de l'accusé sont-elles admissibles? — Critère de l'état d'esprit conscient.

R. C. WHITTLE, 914.

21. Appels — Appel du ministère public — Cour d'appel annulant l'acquiescement de l'accusé et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Possibilité pour la Cour suprême de trancher un pourvoi en fonction d'une question de droit seulement lorsque l'arrêt de la Cour d'appel repose sur des questions mixtes de droit et de fait — La Cour d'appel était compétente en vertu de l'art. 676(1a) du Code criminel pour statuer sur le pourvoi du ministère public, même si elle a pu excéder cette compétence.

R. C. WHITTLE, 914.

22. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Juge du procès écartant les déclarations incriminantes de l'accusé à la police — Refus du ministère public de produire d'autres éléments de preuve disponibles à la suite de cette décision défavorable et accusé acquitté — Déclarations jugées en appel avoir été écartées à tort — Cour d'appel concluant que le ministère public avait sincèrement cru que les autres éléments de preuve disponibles n'avaient pas une force probante suffisante pour constituer une preuve *prima facie* de la culpabilité de l'accusé — Cour d'appel n'ayant pas commis d'erreur en appliquant l'art. 686(4b)(i) du Code criminel pour annuler l'acquiescement et ordonner la tenue d'un nouveau procès.

R. C. WHITTLE, 914.

DROIT CRIMINEL—Fin

23. Jeunes contrevenants — Appel à la Cour suprême du Canada — Jeune contrevenant déclaré coupable de deux actes criminels — Appel du jeune contrevenant rejeté par la Cour d'appel, un des juges étant dissident — Appel de plein droit du jeune contrevenant à la Cour suprême — Peut-il y avoir appel de plein droit devant la Cour suprême? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 27(1), (5).

R. C. C. (T.L.), 1012.

DROIT DE LA FAMILLE

Révision du statut de l'enfant en cour d'appel en vertu de la Loi sur les services à l'enfance et à la famille — Enfant placée sous la protection de la société et ensuite devenue pupille de la Couronne sans droit de visite par le parent naturel, en vue de son adoption — Révision du statut de l'enfant prévue dans la Loi — Peut-il y avoir réception d'une nouvelle preuve au cours d'une instance en révision du statut de l'enfant? — L'instance en révision de statut donne-t-elle lieu à un réexamen de la décision initiale ou à une appréciation de la situation actuelle? — Corrélation entre la Loi qui exige, dans la mesure du possible, la préservation et l'intégrité de la cellule familiale et l'examen de l'intérêt véritable de l'enfant — Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O., 1990, ch. C.11, art. 1, 37(2)f, g, (3), 57(1), (3), (9), 58(1), a), b), 59(2)a), b), c), d), 65(1)a), b), c), (3)a), b), c), d), e), f), g), 69(6), 70(1), (3)a), b).

CATHOLIC CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO C. M. (C.), 165.

DROIT D'AUTEUR

Contrefaçon — Cartes de genre «gratteux» — Intimés condamnés à payer des dommages-intérêts pour contrefaçon — Appel des intimés accueilli par la Cour d'appel — Critères d'une contrefaçon correctement énoncés et adéquatement appliqués aux faits par le juge du procès — Cour d'appel ajoutant à tort que la contrefaçon doit être une simple copie de l'original — Jugement de première instance rétabli.

BOUTIN C. DISTRIBUTIONS C.L.B. INC., 7.

FAILLITE

Ordre de priorité — Remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu — Mari condamné à verser au directeur de l'exécution des ordonnances de soutien une pension alimentaire mensuelle pour ses enfants et son épouse — Mari produisant par la suite une cession volontaire de ses biens et cédant au syndic son remboursement postfaillite d'impôt sur le revenu — Directeur produisant un

FAILLITE—Fin

avis de saisie-arrest continue à l'encontre de la Couronne fédérale — Le remboursement d'impôt sur le revenu était-il à bon droit payable au syndic ou au directeur? — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67, 68.

MARZETTI C. MARZETTI, 765.

IMMEUBLES

Titre relatif à un bien-fonds vendu pour cause d'arriérés d'impôts municipaux — Loi interdisant aux tribunaux de toucher aux actes d'adjudication — Arriéré d'impôt nécessaire pour déclencher l'application de la Loi — Erreur quant à la description légale de deux îles — Appelants occupant un bien-fonds aménagé qu'ils croyaient avoir acheté et acquittant les impôts fonciers y relatifs — Autre île non aménagée et non résidentielle — Vente pour fins d'impôt du bien-fonds occupé par les appelants — Erreur découverte après la vente — La Municipal Tax Sales Act, 1984 protège-t-elle la vente contre toute intervention judiciaire dans un cas où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables.

ZEITEL C. ELLSCHEID, 142.

IMMIGRATION

Statut de réfugié — Épuisement des procédures de contrôle en matière d'immigration et d'appel à la Cour fédérale à l'encontre d'une décision relative à une revendication du statut de réfugié — Contestation de la constitutionnalité de la Loi sur l'immigration devant la cour supérieure d'une province — Requête visant à surseoir à la contestation constitutionnelle accueillie par le juge des requêtes mais écartée en appel — La Cour d'appel était-elle fondée à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes?

REZA C. CANADA, 394.

IMPÔT SUR LE REVENU

Déductions — Intérêt — Intérêt sur débenture accumulé au profit d'un organisme gouvernemental exonéré d'impôt — Débenture transférée de l'organisme aux appelants — Intérêt accumulé avant le transfert de la débenture payé après le transfert — Intérêt inclus dans le revenu des bénéficiaires, puis déduit — L'opération tombe-t-elle sous le coup de l'art. 20(14) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Dans l'affirmative, le bénéficiaire du transfert ne peut-il se prévaloir de la déduction prévue à l'art. 20(14)b) que si l'auteur du transfert a inclus le même montant dans le calcul de son revenu conformément à l'art. 20(14)a)? — L'intérêt que l'on cherche à déduire satisfait-il en totalité aux conditions énoncées à

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

l'art. 20(14)? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(14)a), b).

CANADA C. ANTOSKO, 312.

INDIENS

1. Droits de pêche — Traité — Le traité de 1923 a-t-il éteint les droits de pêche de la bande Hiawatha dans la rivière Otonabee?

R. C. HOWARD, 299.

2. Validité d'un traité — Traité cédant les droits de pêche non ratifié par décret — Le traité est-il valide?

R. C. HOWARD, 299.

LÉGISLATION

Convention annexée — Ratification et confirmation législatives d'une convention annexée — La convention fait-elle partie de la loi en question? — Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); ACTE CONCERNANT LE CHEMIN DE FER DE L'ÎLE DE VANCOUVER (RE), 41.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Inspections — Pouvoirs d'inspection d'un organisme chargé de l'application d'un décret gouvernemental à un secteur réglementé de l'industrie — Ces pouvoirs d'inspection conférés par une loi provinciale violent-ils l'art. 24.1 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12? — Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 22e).

COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE C. POTASH; COMITÉ PARITAIRE DE L'INDUSTRIE DE LA CHEMISE C. SÉLECTION MILTON, 406.

2. Discrimination fondée sur la religion — Emploi — Enseignants de religion juive requis de travailler un jour de fête religieuse en raison du calendrier scolaire prévu dans la convention collective — Enseignants de religion juive autorisés par la commission scolaire à prendre une journée de congé sans traitement —

LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin

Le calendrier scolaire a-t-il un effet discriminatoire sur les enseignants de religion juive? — Dans l'affirmative, la commission scolaire a-t-elle pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec les enseignants de religion juive?

COMMISSION SCOLAIRE RÉGIONALE DE CHAMBLY C. BERGEVIN, 525.

OBLIGATIONS

Répétition de l'indu — Immeubles de l'appelante acquis par la ville à la suite d'une vente pour taxes et revendus à un tiers avant le jugement annulant le règlement d'imposition et la vente pour taxes — L'appelante pouvait-elle exercer un recours en répétition de l'indu?

WILLMOR DISCOUNT CORP. C. VAUDREUIL (VILLE), 210.

PENSIONS

Fiducies — Contrats — Caisse de retraite — Surplus — Droit au surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées — Régime comportant une caisse en fiducie et ne prévoyant pas la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — Second régime étant au départ un régime à cotisations déterminées, mais converti en un régime à prestations déterminées — Second régime ne faisant aucune mention de l'existence d'une fiducie et prévoyant expressément la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — L'employeur a-t-il droit au surplus? — L'employeur a-t-il droit à une période d'exonération de cotisations lorsque la caisse de retraite accuse un surplus? — Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c) — Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)b)(i), (ii), (iii), (iv).

SCHMIDT C. AIR PRODUCTS CANADA LTD., 611.

PRESCRIPTION

Répétition de taxes — Immeubles de l'appelante acquis par la ville en 1972 à la suite d'une vente pour taxes et revendus à un tiers avant le jugement annulant le règlement d'imposition et la vente pour taxes — Restitution en nature des immeubles impossible — Nouvelle action alléguant vente frauduleuse intentée par l'appelante en 1984 et amendée en 1987 pour invoquer la vente du bien d'autrui et réclamer le paiement du prix reçu par la ville — La nouvelle action de l'appelante est-elle prescrite? — Code civil du Bas-Canada, art. 2224 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 586.

WILLMOR DISCOUNT CORP. C. VAUDREUIL (VILLE), 210.

PREUVE

Admissibilité — Preuve d'expert — Nature de la preuve d'expert — Preuve d'expert quant à la prédisposition — Pédiatre accusé d'agression sexuelle sur des patientes — Expert appelé à témoigner que les traits de caractère de l'accusé ne répondent pas au profil psychologique de l'auteur putatif des infractions — Le témoignage d'expert est-il admissible?

R. C. MOHAN, 9.

PROCÉDURE

Redressement interlocutoire — Documents saisis conformément aux dispositions d'une loi fiscale — Requêtes en vue d'obtenir des ordonnances pour l'entiercement des documents saisis accordées — Documents mis sous scellés jusqu'à ce que jugement final soit rendu sur la légalité des mandats de perquisition — Les ordonnances d'entiercement doivent-elles être annulées?

143471 CANADA INC. C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL);
TABAH C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 339.

TESTAMENTS

Modification — Testateur tenu par la loi de pourvoir convenablement à l'entretien et à la subsistance raisonnables du conjoint et des enfants survivants — Testateur n'ayant laissé à son épouse qu'un domaine viager sur la résidence familiale et le bénéfice d'une fiducie discrétionnaire — Les juridictions inférieures ont-elles omis de pourvoir convenablement aux besoins de l'épouse en modifiant le testament? — Signification de l'expression «convenable, juste et équitable dans les circonstances» — Wills Variation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 435, art. 2(1).

TATARYN C. SUCCESSION TATARYN, 807.

TRIBUNAUX

1. Compétence — Vente d'un bien-fonds pour cause d'arriérés d'impôts municipaux — Loi interdisant aux tribunaux de toucher aux actes d'adjudication — Arriéré d'impôt nécessaire pour déclencher l'application de la Loi — Erreur quant à la description légale de deux îles — Appelants occupant un bien-fonds aménagé qu'ils croyaient avoir acheté et acquittant les impôts fonciers y relatifs — Autre île non aménagée et non résidentielle — Vente pour fins d'impôt du bien-fonds occupé par les appelants —

TRIBUNAUX—Fin

Erreur découverte après la vente — La Municipal Tax Sales Act, 1984 protège-t-elle la vente contre toute intervention judiciaire dans un cas où la municipalité a confondu par erreur le bien-fonds vendu avec celui occupé par d'autres contribuables — Municipal Tax Sales Act, 1984, S.O. 1984, ch. 48, art. 3(1), 4, 9(5)a), b), c), 11, 12(1), (2)a), b), (5)a), b), c), d), e), 13(1)a), b).

ZEITEL C. ELLSCHEID, 142.

2. Tribunaux d'appel — Compétence — Principales questions portant sur des faits et ayant donné lieu à des conclusions concordantes des juridictions inférieures — Confirmation des conclusions des juridictions inférieures en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

R. C. HOWARD, 299.

3. Compétence — Procédure — Épuisement des procédures de contrôle en matière d'immigration et d'appel à la Cour fédérale à l'encontre d'une décision relative à une revendication du statut de réfugié — Contestation de la constitutionnalité de la Loi sur l'immigration devant la cour supérieure d'une province — Requête visant à surseoir à la contestation constitutionnelle accueillie par le juge des requêtes mais écartée en appel — La Cour d'appel était-elle fondée à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C. 43, art. 106 — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 43(1), 44(1), 48, 82.1, 82.2, dispositions transitoires, et mod.

REZA C. CANADA, 394.

VALEURS MOBILIÈRES

Commission des valeurs mobilières — Loi imposant aux émetteurs d'actions de divulguer la nature et la substance d'un changement important — Interdiction des opérations d'initiés — Série d'opérations qui auraient été effectuées en contravention de l'obligation de divulgation — Les opérations violent-elles l'obligation de divulgation ou l'interdiction des opérations d'initiés.

PEZIM C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (SUPERINTENDENT OF BROKERS), 557.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9